المدخل
في الفقه الإسلامي

القسم الثاني

النظريات العامة في الفقه الإسلامي
الحق والمال والملكية والعقد

دكتور
أحمد زكى عويس
رئيس قسم الشريعة الإسلامية
وكيل كلية الحقوق - جامعة طنطا

الناشر : مكتبة جامعة طنطا

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد:

النظريات جمع نظرية، وكلمة نظرية جاءت في أصل معناها من النظر، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿أَفَلَمْ يَنظُرُوا إِلَى السَّمَاءِ فَوْقَهُمْ كَيْفَ بَنَيْنَاهَا وَزَيَّنَّاهَا وَمَا لَهَا مِن فُرُوجٍ﴾[1] أي: أفلم ينظروا نظر تفكر واعتبار[2].

وفي الإصطلاح: هي المسألة التي تحتاج في إدراكها إلى إثبات بالدليل[3].

وفي الفقه الحديث: يستخدم هذا اللفظ (النظرية) في التدليل على القاعدة العامة أو الكلية التي تشتمل على جزئيات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة[4] مثل نظرية العقد، والتعسف في استعمال الحق وماشابه ذلك.

---

(١) سورة ق: آية ٦

(٢) صفوة التفاسير: ج١٦/٢٤٢ ومن ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿قل انظروا ماذا في السموات والأرض﴾ سورة يونس ١٠١

(٣) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، د. فهي أبوسنة، ص٤٤

(٤) نفس المرجع السابق ص٤٤

فالنظرية -إذاً- بحث لموضوع معين من جميع جوانبه من تعريف وأركان وشروط وأحكام وآثار ومبطلات.

وإذا كان الفقهاء القدامى قد اهتموا بالمسائل والحوادث التي تحتاج إلى حكم، إلا ان الفقهاء لم يهملوا الكتابة في النظريات العامة في الفقه الإسلامي، والفقهاء الذين ألفوا نظريات في هذا العلم ينتمون إلى جميع المذاهب الفقهية،ومن هؤلاء الفقيه الحنفي غياث الدين أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، الذي ألف نظرية الضمان في الفقه الإسلامي،وقد أطلق على هذا الكتاب اسم «مجمع الضمانات» والفقيه المالكي العلامة أبوعبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الشهير بالحطاب، الذي ألف نظرية الإلتزام، وقد أشار إلى هذه النظرية الفقيه المالكي العلامة أبوعبدالله محمد بن أحمد المشهور بعليش في كتابه فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك[1].

ومن هؤلاء أيضاً العلامة عبدالعزيز محمد البخاري وهو فقيه حنفي من علماء الأصول. المتوفي عام٧٣٠هـ الذي ألف نظرية الأهلية في كتابه «كشف الأسرار»، وهو كتاب في أصول الفقه شرح فيه أصول العلامة فخر الإسلام البزدوي. وهذه المؤلفات القيمة لم يطلق عليها مؤلفوها نظريات وإنما أطلقوا عليها مسميات مختلفة فالعبرة بما يحتويه

---

(١) فتح العلي، ج١ ص٢١٧ ط١٩٣٧م

الكتاب لأن الألفاظ لا يعتد بها في هذه الحالة. هذا وقد قام الكثيرون من علماء الفقه الإسلامي بوضع نظريات عامة في كثير من الموضوعات مثل: نظريات العقد والضرورة، والحق والتعسف في استعمال الحق، والضمان، والخسارات البحرية والبيوع البحرية[1] وغيرها.

فمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، تضم العديد من الرسائل العلمية في الفقه المقارن تعتبر بحق نظريات فقهية في الموضوعات التي تبحث فيها.

وهذه سمة العصر الحديث الذي يتسم بالعمل بالدائب المستمر للبحث عن المأكل والملبس والمسكن، فالوقت لم يعد متسعاً للقراءة والإطلاع، لذلك ظهرت الحاجة إلى وضع نظريات عامة تعالج كل منها موضوعاً معيناً، لكي يتستطيع القارئ أن يلم بجميع جوانبه وجزئياته ومسائله في وقت قصير.

ومن المعروف أن فقهاء القانون في الدول العربية الخاضعة للنظام اللاتيني كفرنسا أو الخاضعة للنظام الأنجلوسكسوني كانجلترا هم الذين يهتمون بالنظريات الفقهية، وقد قام فقهاء القانون في الدول الإسلامية بنقل هذه النظريات. مما أدى إلى وجود تنافس علمي شريف بين الفقهاء في القانون الوضعي والفقه الإسلامي لوضع النظريات الفقهية في كلا الفقهين.

---

(١) رسالتنا للدكتوراه: «البيوع البحرية في الفقه الإسلامي والقانون البحري: دراسة مقارنة».

تقسيم: سنتناول في هذا القسم بعض النظريات الفقهية لأهميتها وهي: نظرية الحق والمال والملكية والعقد، وذلك في بابين:

الباب الأول: في الحق والمال والملكية.

الباب الثاني: في نظرية العقد.

****

الباب الأول
في: الحق والمال والملكية

ستتحدث في هذا الباب عن الحق والمال والملكية، ولا يخفي ما بينها من صلة وثيقة، فآثار العقد حقوق والتزامات متقابلة، والحقوق إما تكون حقوقاً متعلقة بأعيان مالية معينة، وإما أن تكون حقوقاً ثابتة في ذمة أحد العاقدين والحديث عن الحق والمال يستتبع الحديث عن الملكية، لأن الملكية: اختصاص الإنسان بالشئ على وجه يمنع الغير منه، ويمكّن صاحبه من التصرف فيه ابتداء، إلا لمانع شرعي يمنع من ذلك[1] والاختصاص لا يثبت للإنسان إلا إذا حاز المال بطريق مشروع.

وستتحدث عن هذه المسائل في ثلاثة فصول متتالية:

الفصل الأول: الحق.

الفصل الثاني: المال.

الفصل الثالث: الملكية.

** **

---

(١) الأستاذ عيسوي أحمد عيسوي، ص٣١١

الفصل الأول
في «الحق»

سنتحدث عن الحق في مبحثين: الأول: في التعريف به، والثاني لبيان أنواعه.

** **

المبحث الأول
تعريف الحق

الحق في اللغة: وردت كلمة الحق في اللغة بمعان كثيرة منها:

الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت[1]، ومن وذلك قوله تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ﴾ بمعنى ثبت ووجب.

والحق اسم من أسماء الله الحسنى، لأن الحق هو الله بجميع صفاته والموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم ولم يلحقه عدم ، ولذا

---

(١) المصباح المنير، ج١/١٤٣

ورد في الحديث «اللهم أنت الحق ووعدك الحق وقولك الحق»[1] والحق بمعنى اليقين، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾[2] وعلى ذلك استخدم الفقهاء كلمة الحق فاطلقوها على كل ما هو ثابت بحكم الشرع وإقراره.

الحق في الاصطلاح:

عرفه فقهاؤنا بتعريفات متعددة: منهم من عرفه: بأنه مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً يقررها المشرع الحكيم[3]. وعرفه البعض: بأنه ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته، أو أنه مصلحة مستحقة شرعاً، وعرفه الشيخ أبوسنة بأنه ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير[4]، وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن الحق هو إيجاب شيء لله على الإنسان أو الإنسان على إنسان آخر، فالنوع الأول -حق لله- الغرض منه التقرب إلى الله سبحانه بتعظيمه والعمل بأوامره واجتناب ما نهى عنه، وهذا الحق يهدف أيضاً إلى حماية المجتمع من الجرائم التي تضر بأمنه وأمانه. هذا، وقد قال ابن نجيم الحنفي: إن المراد من حق الله تعالى ما تعلق نفسه بالعموم، وإنما نسب إلى الله

(١) البحر الرائق٢/١٣٦

(٢) سورة النجم: الآية٢٨

(٣) د. محمد يوسف موسى: المدخل في الفقه الإسلامي، ص٣٠١

(٤) الشيخ علي الخفيف: النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص٥٠

تعظيماً له لأنه سبحانه متعال عن أن ينتفع بشيء[1] فإقامة الحد على الزاني أو السارق أو شارب الخمر أو القاذف أو تعزير من يرتكب جرماً لم يضع الشارع له حدّ كالمرابي أو المقامر فيه تنقية للمجتمع الإسلامي من الشرور والجرائم وتطهير له من الدنس والموبقات.

وأما النوع الثاني: حق العبد - الغرض منه تحقيق مصلحة خاصة له، فعقد الزواج تترتب عليه حقوق لكلا الزوجين بل وحقوق للأولاد، وعقد البيع يترتب عليه حقوق لكل من المشتري والبائع.

يتضح لنا من هذه التعاريف أن أركان الحق في الفقه الإسلامي هي:

أ - صاحب الحق: وهو من يثبت له الحق، الله سبحانه وتعالى أو الإنسان.

ب - المدين بالحق: وهو من يثبت عليه الحق، فالمكلف مدين لله بأداء الفروض الواجبة عليه من صلاة وصيام وزكاة وحج ..إلخ. والمدين بثمن السلع المشتراة، وصاحب المصنع -رب المصنع- مدين بأجور العمال، والمستأجر مدين بأجرة العين المؤجرة، وقد يكون المدينين غير معينين كما هو الحال في الفرض الكفائي، فهذا الفرض يسقط بأداء البعض له كالجهاد في سبيل الله وردّ السلام وصلاة الجنازة.

---

(١) البحر الرائق ٢/١٣٦

ج - مصدر الحق: إن مصدر هذه الحقوق هو الشارع الحكيم، فالله هو الذي عين حقوقه سبحانه وتعالى، وحقوق عباده إما في القرآن المنزل من عند تعالى لفظاً ومعنى، وإما في السنة الشريفة المنزلة من عنده معنى لا لفظاً، فالعقل أو الطبع ليسا من الشريعة ولا من مصادرها.

قال تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾[1]، وقال تعالى أيضاً: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَى. إِنْ هُوَ إِلا وَحْيٌ يُوحَى﴾[2] وقال أيضاً: ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمُ الرَّسُولُ بِالْحَقِّ مِن رَّبِّكُمْ﴾[3].

د - محل الحق: إن المصلحة الثابتة لله كالفروض الخمسة من صيام وصلاة وزكاة وحج وجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإقامة الحدود. والمصلحة الثابتة للإنسان تشمل ملك العين أو المنفعة والحق الذهني كحق التاليف. والحقوق الأسرية: كالولاية على الصغير في نفسه وماله وطاعة الزوجة. والحقوق الطبيعية كالحرية والمساواة والتعليم.

** **

---

(١) سورة الأنعام: الآية ٥٧

(٢) سورة النجم: الآيتان ٣ ، ٤

(٣) سورة النساء : الآية ١٧٠

المبحث الثاني
أنواع الحق

للحق أنواع متعددة تبعاً لتعدد الاعتبارات، فباعتبار من ثبت له، تتنوع إلى حق الله تعالى، وحق العبد، وحق مشترك بينهما.

وباعتبار موضوعها: إلى نوعين: حقوق مالية، وحقوق غير مالية. وباعتبار إمكانية ثبوتها أمام القضاء إلى نوعين: حقوق قضائية يمكن إثباتها أمام القضاء، وهي: كل الحقوق التي يمكن تقديم الدليل عليها من أصحابها أمام القاضي، وحقوق دينية: وهي الحقوق التي تثبت ديانة ولا يمكن إثباتها أمام القاضي، مثاله: الحكم على شخص بناء على شهادة زور، فهذا الشخص المحكوم عليه لا يملك إلا حقاً دينياً يعجز عن إثباته أمام القضاء، حيث حكم عليه بخلافه[1].

وتتنوع الحقوق أيضاً إلى عامة، وخاصة، وسنكتفي بتفصيل الأول والثاني. أي باعتبار من ثبتت له، باعتبار محلها أو موضوعها لضيق الوقت. وذلك في مطلبين متتاليين.

** **

---

(1) د.الحسيني الحنفي، المدخل ٢/ ١٥

المطلب الأول
الحق باعتبار من ثبت له

يتنوع الحق وفقاً لهذا الاعتبار إلى أربعة أنواع هي:

١- حق خالص لله تعالى.

٢- حق خالص للإنسان.

٣- حق مشترك بينهما وحق الله سبحانه وتعالى هو الغالب.

٤- حق مشترك بينهما وحق الإنسان هو الغالب.

وسنتحدث عن كل نوع من هذه الأنواع بإيجاز فيمايأتي:

أولاً : حق الله تعالى الخالص:

وهو ما يتعلق به النفع العام لجميع الناس من غير اختصاص أحد[1]، وهذا الحق يقصد به التقرب إلى الله سبحانه وتعالى، لأنه لم يضف إليه تعالى لأنه محتاج إليه، وإنما أضيف إليه لعظم خطره وعموم نفعه لجميع البشر. قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ أَنتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ هُوَ الْغَنِيُّ الْحَمِيدُ﴾[2]

(١) التوضيح على التوضيح للتفتازاني جـ٢/ ١٥١

(٢) سورة فاطر: الآية ١٥

هذا، ويتنوع حق الله تعالى إلى الأنواع الآتية:

أ- عبادة خالصة: كالإيمان بالله وإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان، وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً، وجميع أعمال الخير والبر وكل عمل يقصد به التقرب إلى المولى جل شأنه أو إقامة الشعائر التى فرضها سبحانه وتعالى ويدخل في هذا الحق كل عمل يقصد به حماية المجتمع من الآثام والشرور والرذائل، مثل إقامة الحدود[1] وتنفيذ العقوبات الشرعية، وتوقيع العقوبة على من يتعامل بالربا، أو يغش في البيع أو الشراء أو يلعب القمار وجميع الجرائم التي لم ينص الشارع على عقوبة محدودة لها والتي تدخل تحت عقوبة التعزير، والذي يتولى الأحكام أو الحاكم تحديد الجزاء المناسب لكل عقوبة منها.

ب - عبادة فيها معنى المؤونة: وأوضح مثال لهذه العبادة: «زكاة الفطر: فهذه الزكاة حق من حقوق المولى، وهي عبادة لأنها زكاة واجبة على كل مسلم حر ميسور الحال وقت الوجوب، وفيها معنى، لأنها عون للفقراء على كفايتهم يوم العيد، روى عكرمة عن ابن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين «أخرجه أبو داود وابن ماجه».

---

(١) يقول البارودي: الحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به لما في الطبع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعامل اللذة فجعل الله تعالى من زواجر الحدود ما يردع به الجهاله حذراً من الم العقوبة وخوفاً من الله تعالى.

جـ - مؤونة فيها معنى العبادة وشيء من العقوبة: مثال ذلك: العشر الخارج من الأرض العشرية، وهذا العشر يصرف للمجاهدين في سبيل الله والفقراء والمساكين . . إلخ، فالأرض العشرية أرض فتحت عُنوة وتركت في أيدي أصحابها على أن يدفعوا عشر إنتاجها، أو أخذها بعض المقاتلين للعمل بها على أن يدفعوا العشر، فجانب العبادة يتضح في أنها كالصدقات لأن الخراج لا يسقط عن الأرض بإسلام صاحبها، وأما جانب المؤونة فظاهر، لأن حصيلة العشر تكون عوناً للفقراء والمقاتلين في سبيل الله، كما يصرف منها على بناء المساجد وشق الترع وتجهيز الجيش. . إلخ. وفي الحالتين الأخيرتين يتضح لنا أن جانب العبادة أوضح من جانب المؤونة في الأولى أما في الثانية فجانب المؤونة أوضح.

هذا وإذا نظرنا إلى الخراج لوجدنا أن فيه شيء من العقوبة، لأن العشر الذي يؤخذ من الأرض الخراجية يعتبر ضريبة على هذه الأرض، مثلها مثل الجزية، فالجزية تفرض على أهل الذمة تصغيراً وذلة لهم للدفاع عنهم والعُشْر يفرض على الأرض مقابل العمل بالزراعة وترك الجهاد أو مقابل تركها بأيدي أصحابها.

د - عقوبة محضة: مثال ذلك: الحدود التي شرعها الله، فهي عقوبات توقع على مرتكبي جرائم الزنا والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والقذف والردة عن الإسلام وهذه العقوبات ليس فيها معنى المؤونة أو العبادة.

و - عقوبة قاصرة: مثال ذلك: حرمان القاتل من الميراث فهذه العقوبة قاصرة لأن هذا القاتل يحرم من نصيبه الذي حدده الشارع في ميراث مورثه لأنه تعجل موته بقتله إياه، وهذه العقوبة لا يترتب عليها إنزال عقوبة به في جسمه أو في ماله ولذلك سميت عقوبة قاصرة أو ناقصة، وحرمان القاتل من الميراث حق لله تعالى ولا يعود على المجني عليه أي نفع فيه من هذا الحرمان ولكن هذه العقوبة لها آثارها عظيمة فهي تؤدي إلى زجر وردع كل من تسول له نفسه بالإقدام على قتل مورثه لاستعجال إرثه.

هـ - حق قائم بنفسه: وسمي كذلك لأنه حق ثابت في نفسه استقلالاً لم يتعلق بذمة شخص، مثال ذلك: خمس الغنائم ويقسم على خمسه أسهم، سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يسقط بوفاته، وإنما يصرف لصالح المسلمين كإصلاح الموانى وتجهيزها بالأسلحة والمعدات التي تكفي للدفاع عنها ضد غزوات الأعداء، أو عمارة المساجد والقناطر والحصون ، وأجور القضاة والأئمة والعلماء ليتفرغوا للقيام بوظائفهم.

وسهم لذوي القربى هم: أهله صلى الله عليه وسلم بنو هاشم وبنو المطلب لأنهم لم يفارقوه في الجاهلية ولا في الإسلام.

وسهم لليتامى، وسهم للمساكين أو الفقراء، وسهم لأبناء

السبيل[1].

وأما الأربعة أخماس فهي: للغانمين المقاتلين المجاهدين. لقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾[2].

ق - حق دائر بين العبادة والعقوبة: مثال ذلك: الكفارات بأنواعها المختلفة كفارة اليمين، كفارة الظهار، كفارة القتل، فالله سبحانه وتعالى قد أوجب على من يحلف يميناً ويحنث به أن يكفر، قال تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾[3].

وكذلك إذا قال الزوج لزوجته أنت حرام عليَّ كظهر أمي (الظهار)، فإن الزوجة تحرم عليه بذلك، وإذا أراد الرجوع في قوله، وجبت عليه الكفارة المذكورة في قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا.. فمن لم يجد فصيام شهرين مُتتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام

---

(١) السبيل: هو الطريق. وابن السبيل هو: من يسافر سفراً مباحاً لا معصية فيه.

(٢) الأنفال: الآية٤١، الإقناع للشربيني الخطيب ج٤/١٣ وما بعدها.

(٣) سورة المائدة: الآية٨٩

ستين مسكيناً﴾[1] .

كذلك تجب الكفارة في القتل بأنواعه عمداً أو شبه عمد أو خطأ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قتلَ مؤمِناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى آخر الآية.[2]

وهذه الكفارات أوجبها الله لزجر الإنسان عن ارتكاب هذه المنهيات المذكورة في الآيات القرآنية.

•

ثانياً: حق الإنسان الخالص:

وهو ما يتعلق به النفع الخاص لشخص من الأشخاص وحقوق الإنسان الخالصة كثيرة ومتعددة.

وقد عرفه ابن عابدين بأنه: «ما يستحقه الإنسان» أي ما تترتب عليه مصلحة خاصة [3] .

ومن أمثلة هذه الحقوق: حق المشتري في ملكية المبيع، حق البائع في ملكية ثمن المبيع وحق المؤجر في ملكية الأجرة، وحق المستأجر في

---

(١) سورة المجادلة: الآية٤٥٣

(٢) سورة النساء: الآية ٩٢

(٣) حاشية ابن عابدين ج٤/ ١٩٧

الانتفاع بالعين المستأجرة وحق كل من الزوجين في التمتع بالآثار المترتبة على عقد الزواج، كحق الطاعة المقرر للزوج على زوجته، وحق النفقة المقرر للزوجة على زوجها، وحق كل من الزوجين في الاستمتاع بالآخر، إلى آخر الحقوق المذكورة في كتب الفقه المختلفة[1].

هذا ويجب التنويه إلى أن بعض الفقهاء والأصوليين كالإمام القرافي والإمام الشاطبي يرون أنه لا وجود لحق الإنسان الخالص بين أقسام الحق لأنه ما من حق للإنسان إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره سبحانه وتعالى بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه أي أن حق الإنسان لا يخلو مطلقاً من حق الله سبحانه وتعالى لأن الله هو المانح لجميع الحقوق، فجميع الحقوق صادرة بأمره تعالى، والإنسان في جميع تصرفاته يكون متمثلاً لأوامره سبحانه وتعالى، فعقد البيع وإن كان متعلقاً بمعاملات الأفراد لكن الله سبحانه وتعالى حدد له دائرة من المشروعية فإذا كان العقد متفقاً مع هذه الدائرة كان عقداً مشروعاً مراعياً حق الله في تعامله، أما إذا خرج العقد عن هذه الدائرة المشروعة فإن العقد يكون باطلاً أو فاسداً ويكون آثماً فيما بينه وبين الله، والتصرف في الحالتين متعلق بحقوق الأفراد.

وعلى ذلك فالإنسان وإن كان صاحب المال إلا أنه لا يملكه ملكية مطلقة، بمعنى أنه مقيد بعدم الإسراف في إنفاقه وعدم إساءة استخدامه

---

(١) خاصة أبواب النكاح والطلاق والمعاملات كالبيع والإجارة والصلح والشركة والقسمة ونحو ذلك.

فهو ممنوع من التصرفات المضرة بالغير أو التي تؤدي إلى تلف المال أو هلاكه، فالإنسان نائب أو وكيل عن المولى في استخدامه للمال المملوك له، ولذلك تغل يده عن التصرف في هذا المال إذا اتصف بالسفه أو الغفلة ويحجر عليه إلى أن ترتفع هذه الصفة.

فهذا النوع من الحقوق وإن كان خاصاً بالإنسان إلا أن له وظيفة اجتماعية يلتزم الجميع بتحقيقها وأدائها على أكمل وجه، ومصداقاً لذلك إيجاب الزكاة في جميع أنواع الأموال، قال تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ فالزكاة ركن من أركان الإسلام وأمره تعالى بالإنفاق في سبيل الله. قال تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنبُلَةٍ مِّائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَن يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [(١)] وتحريم الربا، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[(٢)] وتحريم الغش والغبن والاحتكار والضرر، قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار».

قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[(٣)].

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٦١

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٨

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٨

خصائص حق الله تعالى والتمييز بينها وبين حق الإنسان:

أولاً : حق الله سبحانه وتعالى لا يكون قابلاً للإسقاط بالعفو أو الصلح كما أنه لا يقبل التغيير فالصلاة المفروضة لها مواقيت محددة، وتؤدى بكيفية وهيئة معينة، وهي التي وضحها القرآن الكريم والسنة النبوية من غير تعديل أو تبديل. قال تعالى: ﴿لاتبديل لكلمات الله﴾[1] وعلى ذلك فمن يقذف المحصنات المؤمنات يجب إقامة الحد عليه، ولا يجوز للمقذوف أن يتنازل عن إقامة الحد، لأن حد القذف من حقوق الله تعالى. ويجب أن يكون معلوماً أن الرضا بين المتعاقدين يكون معدوماً ولا أثر له إذا كان الرضا منهما على عقد باطل، كما إذا تعاقدا على قرض بالربا أو على الزواج مدة محددة مقابل أجر أو على تكوين شركة لإنتاج الخمور والاتجار فيها.

أما حق العبد الخالص فيجوز له أن يتنازل عنه.

ثانياً: أن جميع المسلمين مطالبين بإقامة حقوق الله سبحانه وتعالى واحترامها وعدم المساس بها، ومن ذلك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو فرض كفائي إذا قام به البعض سقط عن الباقين[2].

---

(١) سورة يونس: الآية ٦٤

(٢) أ.د. يوسف قاسم -المرجع السابق- ص٢٥٣ ومابعدها.

ثالثاً: ما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى هو الغالب:

وهذا النوع يجتمع في الشيء الواحد حقان: حق الله تعالى، وحق الإنسان، ولكن حق الله هو الغالب. ومن الأمثلة الواضحة لهذا النوع حد القذف [1]، لقد شرع هذا الحد لتحقيق مصلحة عامة للناس أجمعين، بصيانة أعراضهم وردعاً لهم عن ارتكاب هذا الجرم الشنيع وهو رمي المحصنات بالزنا أو ما يشابهه. ومما لا شك فيه أن تحقيق هذا المصلحة الجماعية من حقوق الله تعالى، هذا بالإضافة إلى أن في شرع هذا الحد درء العار عن المقذوف والحفاظ على عرضه وشرفه، وهو من هذه الناحية يحقق مصلحة خاصة للفرد أي أن فيه حقاً للإنسان[2].

وحق الله تعالى هو الغالب للأسباب الآتية:

(١) إذا نظرنا إلى حد القذف نجد أنه عقوبة على ارتكاب جريمة الرمي بالزنا، والزنا محرم بنص القرآن، وحد الزنا حق من حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة، وحد القذف وهو مشروع ومترتب على الرمي بالزنا، فكان من الأرفق أن يكون حقاً خالصاً لله سبحانه وتعالى، لأن كلا الحدين -القذف والزنا- شرعاً لتحريم الزنا من المولى سبحانه،

---

(١) القذف لغة الرمي وشرعاً: الرمي بوطء حرام في قبل أو دبر أو نفي من النسب للأب وهو من الكبائر. قوانين الأحكام لابن جُزي، ص٣٨٦.

(٢) كشف الأسرار على أصول البزدوي ،ج٤/١٢٧٨.

وتحريم الزنا حق خالص له سبحانه. ولكن لما كان القاذف قد هتك عرض المقذوف -عندما سبّه بالألفاظ الجارحة الملطخة للشرف والعرض- ومن المعلوم أن شرف المقذوف وعرضه فيه حق لله سبحانه وتعالى، وفيه حق للإنسان. وعلى ذلك فإن هذا الحد -حد القذف- حق خالص للمولى سبحانه وتعالى إستناداً إلى الوجه الأول، وحق مشترك بين المولى سبحانه وبين الإنسان، فتغليب حق الله هنا واضح لأن أحد الوجهين قرر أن هذا الحق خالص لله تعالى، والآخر يقرر اشتراكهما معاً[1].

(٢) إن الردة عن الإسلام -أي الكفر- تؤدي إلى إهدار دم المرتد وحياته ولكنها لا تسقط حرمة القذف أو الزنا، فلو أن شخصاً اقترف جريمة القذف أو الزنا ثم ارتد عن الإسلام فإن هاتين الجريمتين لا تسقطان بكفره لأنهما من حقوق المولى سبحانه ولو كان الغالب فيها حق الإنسان لسقطا بارتداده[2].

(٣) ويدل على غلبة حق الله تعالى في حد القذف أيضاً: أن الإمام أو نائبه هو الذي يتولى تطبيق هذا الحد على المقذوف مثله مثل أي حق آخر من حقوق الله تعالى، وأما حق الإنسان الخالص أو الذي يغلب فيه حق الإنسان كالقصاص فاستيفاؤه يكون بصاحبه أو بولي الدم

---

(١) كشف الأسرار، ص١٢٧٩. أ.د. سلام مدكور، مباحث الحكم عند الأصوليين: ص٢١٥. الشيخ علي الخفيف، الحق والذمة، ص١١٥.

(٢) د. محمود مهران، كشف الأسرار: ص٢٣٠.

مثلاً[1].

(٤) قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[2] فالذين يقذفون بالزنا العفيفات، السليمات الصدور، النقيات القلوب عن كل سوء وفاحشة ملعونين ومطرودين من رحمة الله في الدنيا والآخرة، إلا أن يتوبوا، ولمرتكبي هذا الجرم عذاب هائل لا يكاد يوصف[3]. لأن العرض والشرف مصون ومحفوظ بأمر الله من الفسقة الذين لا يتورعون عن الخوص في عرض الغير، لذلك وضع الله عوقبة دنيوية توقع على القاذف، وهي ثمانين جلدة، هذا بالإضافة إلى العقوبة الأخروية المذكورة في الآية الكريمة، ولن يردع هؤلاء الفسقة إلا إذا كان حد القذف من حقوق الله أو أن حقه تعالى هو الغالب، لكيلا يسقط بالإبراء، والعفو عنه من المقذوف.

رابعاً: ما اجتمع فيه الحقان وحق الإنسان هو الغالب:

وهذا النوع يجتمع في الشيء الواحد حقان: حق الله تعالى وحق الإنسان وحق الإنسان هو الغالب. ومن الأمثلة الواضحة لهذا النوع، القصاص من القاتل عمداً وعدواناً فالقتل إزهاق لروح إنسان، وهو

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ج٧/٥٦.

(٢) سورة النور: الآية٢٣.

(٣) تفسير القرطبي: ج١٢/٢٠٧. صفوة التفاسير: ج١٠/٣٣٢.

سبب القصاص، والإنسان له حق الاستمتاع بنفسه وبالحياة، ولله تعالى حق استعباد هذه النفس. ولذلك كانت عقوبة القصاص مشتملة على الحقين أيضاً، وحق الإنسان هو الغالب قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ يا أُولِي الألْبَابِ لَعَلَّكُم تَتَّقُونَ﴾ أي ولكم -يا أولي العقول فيما شرعت من القصاص حياة وأي حياة لأنه من علم أنه إذا قتل نفساً قتل بها يرتدع وينزجر عن القتل، فيحفظ حياته وحياة من أراد قتله وبذلك تصان الدماء وتحفظ حياة الناس[1].

وحق الله سبحانه وتعالى في القصاص واضح، يدل عليه: أن القصاص يسقط بالشبهات كالحدود. والحدود حق الله تعالى أيضاً، كما أن القصاص يجب عقوبة لفعل القتل لا ضماناً للمحل كالدية، لذلك فإن الجماعة تقتل بالواحد إذا اشتركوا في قتله على الراجح ولو كان القصاص ضماناً للمحل وليس عقوبة للفعل لما قتل الجماعة بالواحد.

وحق الإنسان في القصاص هو الغالب: يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالحُرِّ والعَبْدِ بِالعَبْدِ وَالأنْثَى بِالأنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالمعْرُوفِ وَأدَاءٌ إِلَيْهِ بِإحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[2] أي فرض عليكم أن تقتصوا للمقتول من

---

(١) سورة البقرة: الآية١٧٩. وانظر: صفوة التفاسير: ج١/١١٨

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٨

قاتله بالمساواة دون بغي أو عدوان: ﴿الحرُّ بالحرِّ﴾إلخ أي مثلاً بمثل وفي الآية التالية قال تعالى: ﴿ولكُمْ في القصاص حياةٌ﴾ وخطابه تعالى للمؤمنين بقوله: ﴿لكُمْ﴾ إشارة إلى حق الإنسان في القصاص من القاتل، ويدل على غلبة حق الإنسان في القصاص قوله تعالى: ﴿فمَنْ عُفِيَ لهُ مِنْ أخيهِ شيءٌ فاتّباعٌ بالمعْرُوفِ وأداءٌ إليهِ بإحْسانٍ﴾ أي فمن ترك له من دم أخيه المقتول شيء، بأن ترك وليه القود وأسقط القصاص راضياً بقبول الدية ﴿فاتّباعٌ بالمعْرُوف﴾. .إلخ. أي فعلى العافي إتباع للقاتل بالمعروف بأن يطالبه بالدية بلا عنف ولا إرهاق، وعلى القاتل أداء الدية إلى العافي -وليُّ المقتول- بلا مطل ولا بخس- فالقصاص حق لأولياء المقتول إذا طالبوا به وذلك عدل، وشرع الله الدية إذا أسقطوا القصاص عن القاتل. وذلك رحمة وكل ذلك تحت إشراف الحاكم أو نائبه[1].

وإذا نظرنا إلى تشريع القصاص في الإسلام لوجدنا تشريعاً محكماً عادلاً يتسم بالرحمة أيضاً ويراعي طبيعة النفس البشرية وحبها للتشفي والانتقام بعكس القانون الجنائي المصري الذي يطبق حتى هذه اللحظة أحكام بعيدة كل البعد عن أحكام الشريعة الإسلامية، فعقوبة الإعدام كما يسمونها حق خالص للمجتمع، ووليّ الدم لا شأن له بكل ما يجري، فلا حق له في إقامة الدعوى أو في توقيع العقوبة أو في العفو

(١) صفوة التفاسير -المرجع السابق-. تفسير ابن كثير المجلد الأول- ص٣٠١. انظر: كشف الأسرار -المرجع السابق- ص٢٨١. التلويح على التوضيح ج٢/ ١٥٥

عنها، فالنيابة العامة هي التي تتولى إقامة الدعوى الجنائية، وبعد صدور الحكم من القاضي تقوم السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة الداخلية وأجهزة الشرطة التابعة لها بتنفيذ الحكم أي عقوبة الإعدام، ولذلك يظل ولي المقتول وأقاربه يحملون الحقد في قلوبهم ولا تهدأ ثائرتهم ونفوسهم إلا إذا قتلوا شخصاً آخر من أسرة القاتل، وقد تتوالى الدائرة الجهنمية في الثأر المتبادل بين العائلتين، ويكثر الضحايا والأرامل والأيتام. ولو طبقنا شرع الله الذي خلق النفس البشرية ويعلم ما يصلحها لحمينا المجتـ هذا الوباء، وجنبناه الآثار السيئة الناتجة عن هذا القانو

** **

ب الثاني

عتبار موضوعه

ار إلى: حق مالي وحق غير مالي فالحق
ن الملك وحق الانتفاع، وأما الحق الغير
ر غير المال: مثل حقوق الأسرة والحقوق
عين متتاليين:

الفرع الأول: الحق المالي

وهو الذي يتعلق بالمال ومنافعه مثل حق الانتفاع وحق المالك، وحق البائع في حبس المبيع إلى أن يحصل على الثمن من المشتري، وحق المشتري في استلام المبيع بعد دفعه للثمن إلى البائع أو وكيله، وحق الشفيع في الأخذ بالشفعة لما باعه شريكه أو جاره من عقار.

والحق المالي نوعان: حق متعلق بالعين، وحق ثابت في الذمة[1].

أولاً: الحق العيني: هو الحق الذي يخول الشخص سلطة الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف على عين معينة من الأعيان المالية بصورة مباشرة كحق الملكية للمالك سلطة مباشرة على الشيء المملوك له، فطالما وجد المالك والشيء المملوك فإن للمالك أن يمارس كافة سلطاته على هذا الشيء مع تمتعه بثمراته، من استعمال واستغلال وتصرف دون احتياج إلى إذن من أحد[2] فإذا كان الشخص يملك عمارة فله أن يؤجرها وله أن يبيعها وله أن يسكنها هو وعائلته أو يؤجر بعضها ويستعمل بعضها أي أن له أن يتصرف في عينها أو في منفعتها كما أن له أن يهبها أو يوصي بها أو بجزء منها أو يوقفها.

---

(١) المغني لابن قدامة: ٥١٨/٥. الفروق للقرافي: ج١٣٣/٢

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، ص١٧

حق الارتفاق: حق مقرر على عقار لمصلحة عقار مملوك لشخص آخر ومن هذه الحقوق حق الشرب: وهو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الأرض أو الشجر أو الزرع .

وحق المجرى: هو حق مقرر لعقار لسقية عن طريق مسقى في أرض الجار.

وحق المرور: هو حق مقرر لإنسان للوصول إلى ملكه من ممر خاص في ملك غيره .

وحق المسيل: هو حق مقرر لعقار لصرف الماء الزائد عن الحاجة في مصرف في أرض الجار.

وحق التعلي: هو حق مقرر لإنسان في أن يعلو بناءه بناء غيره.

وحق الجوار: هو حق مقرر لئلا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً[1] .

خصائص حق الارتفاق:

(١) أنه حق مقرر لمصلحة عقار ومنفعته ولا دخل لشخص المالك في ذلك، كما أن المرتفق ينتفع بالشيء المرتفق به دون حاجة إلى وساطة شخص آخر يتوقف عليها استيفاء هذا الحق[2] .

---

(١) أ.د. عبدالرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٣/ ٣٤.

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا-المرجع السابق-ص١٧

(٢) إن حق الإرتفاق يكون مقرراً على عقار آخر، مثل حق الشرب والمسيل.

(٣) إن حق الارتفاق يتبع العقار في أيّ يد ينتقل إليها، فشخص المالك لا يعتد به، أي أن هذا الحق حق دائم لا يتأقت بوقت.

ومن هذا الحق -أيضاً- حق الدائن المرتهن في حبس الشيء المرهون لديه ضمان استيفاء دينه من المدين الراهن، فالمرتهن له سلطة مباشرة على المال المرهون دون احتياج إلى تدخل من الراهن أو من الغير، فجميع الناس ملزمين بعدم التعرّض لأصحاب هذه الحقوق أو منعهم من استخدام سلطتهم عليها والتمتع بثمراتها ، لأنهم ليسوا طرفاً في عقد الرهن.

ثانياً : الحق الثابت في الذمة[١] أو الحق الشخصي:

إن هذا الحق يكون ثابتاً بين شخصين ولذا سمي بالحق الشخص، أي أنه يثبت لإنسان على إنسان آخر ومن ذلك حق البائع في الثمن الذي هو في ذمة المشتري، لأن المشتري يلتزم بالوفاء بالثمن في مقابل حصوله على المبيع، أي أن لكل من المشتري والبائع حق في ذمة الآخر كما أن عليه التزام تجاه الآخر. ولا تبرأ ذمتهما إلا بوفائهما بالتزامهما كاملة وسليمة من جميع العيوب.

---

(١) الذمة لغة: العهد. وشرعاً: وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه.

ومن هذا الحق أيضاً: ضمان المغصوب والمتلف: فكما ينشأ هذا الحق من تصرف مشروع كما ذكرنا سلفاً، ينشأ أيضاً نتيجة لتصرف غير مشروع، فمن اغتصب مالاً من شخص يجب عليه ضمان الشيء المغصوب أو قيمته، وهذا الضمان ثابت في ذمة الغاصب، كذلك إذا أتلف مالاً مملوكاً لشخص آخر فإنه يجب عليه ضمان قيمة المتلف. وهذا الضمان أيضاً ثابت في ذمة المتلف، فالمضرور إذا له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق بماله.

ومن أمثله هذا الحق أيضاً: النفقة التي تجب للزوجة على زوجها، والتي تجب على القادر الموسر لقريبه المعسر الفقير[1]، فالزوجة والقريب والفقير العاجز عن الكسب صاحب حق في ذمة الزوج والقريب الموسر، وكلاهما -أي الزوج والقريب- ملتزم بالوفاء بهذا الحق.

والحق الثابت في الذمة قد يكون عملاً كالأمثلة السابقة، وقد يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع في أن يمتنع الوديع عن استعمال الوديعة، وأن يحافظ عليها من الضياع وألا يعرضها للتلف أو الهلاك.

---

(١) هذا وقد اختلف الفقهاء في تحديد القرابة الموجبة للإنفاق : فالإمام مالك جعل هذه النفقة واجبة للأب والأم والأبناء الصلبيين فقط. وقال الإمام أبي حنيفة وأصحابه أن سبب نفقه الأقارب هي القرابة المحرمية ولو لم تكن قرابة اولاد، وأما الإمام الشافعي فيقول: بأن القرابة الموجبة للإنفاق هي قرابة الولاد أي تجب فقط نفقة الفروع على أصولهم ونفقة الأصول على فروعهم من غير تقيد بدرجة معينة، وقال الإمام أحمد بن حنبل: أن القرابة التي تكون سبباً في وجوب النفقة هي التي يكون فيها القريب الموسر وارثاً للقريب المحتاج إن ترك مالاً. الشيخ ابوزهرة: الأحوال الشخصية ، ص٤٨٤.

هذا هو الحق الثابت لإنسان في ذمة إنسان، أما الحق الثابت لله في ذمة إنسان إما أن يكون كأداء الصلاة والزكاة والصيام والحج والنذر والكفارة، وقد يكون امتناعاً عن عمل كحق الامتناع عن المعاصي الواجب على المكلفين تجاه المولى سبحانه وتعالى مثل الامتناع عن السرقة والزنا وشرب الخمر إلى آخر المعاصي والمحرمات.

أهم النتائج التي تترتب على التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي:

١ - أن صاحب الحق العيني له أن يتبع العين المتعلقة به حقه في أي يد ينتقل إليها، وأياً كان سبب انتقالها، فلو بيع المغصوب إلى شخص ثم باعه الأخير إلى آخر فإن المالك الحقيقي -المغصوب- يرفع دعواه على من آلت إليه لا على الغاصب أو على من بعده من ذوي الأيدي السابقة على ذي الأخيرة إلا إذا أراد تضمينه أو تضمينهم قيمتها ففي هذه الحالة يكون الحق شخصياً وفقاً للمادة ١٦٣٥ من مجلة الأحكام العدلية[1].

وأما صاحب الحق الشخصي فإنه لا يطلبه إلا من المكلف به. فحق التتبع لا يتصور هنا لأن الحق يتعلق بذمة المكلف به، ولا يطلب من غيره إلا إذا كان نائباً عنه كما في الكفالة والحوالة، حيث يقوم الكفيل والمحال عليه بأداء الحق الثابت في ذمة المكفول عنه والمحيل نيابة عنهما

(١) انظر: الأستاذ مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ص١٥ وما بعدها.

بإرادتهما ورغبتهما.[1]

(٢) إذا تزاحم الحق العيني مع الحق الشخصي فإن الأولوية تكون للحق العيني، لذا فإن الدائن المرتهن مقدم على غيره من الدائنين العاديين أي الذين لم يأخذوا رهنا بحقوقهم -أي أن للدائن المرتهن الأولوية في استيفاء دينه من العين المرهونة إذا توفي المدين أو حكم بإفلاسه فالتفرقة واضحة بين الحقين لأن الحق العيني متعلق بالعين المرهونة وذمة الراهن المدين، وأما الحق الشخص فهو متعلق بذمة المدين فقط. وعلى ذلك فإن الدائنين العادين لا يستوفون حقوقهم من العين المرهونة إلا بعد اقتضاء الدائن المرتهن حقه كاملاً من ثمنها، وما بقي من الثمن يقتسمونه بينهم قسمة غرماء. أي: بنسبة دين كل منهم.[2]

(٣) إن الحق العيني إذا كان ناشئاً عن عقد وهلكت العين موضوع العقد قبل تسليمها أو استحقت، فإن العقد ينفسخ في هذه الحالة، هذا إذا لم يكن الهلاك من المشتري في عقد البيع لأنه إذا هلك بفعله فإن البيع لا ينفسخ عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، لأنه باتلافه أو بهلاكه بفعله صار قابضاً للمبيع ويجب عليه دفع الثمن للبائع[3].

---

(١) انظر: الأستاذ مصطفى الزرقا-المرجع السابق- ص٢٣.

(٢) نفس المرجع السابق ص٢٣.

(٣) حاشية ابن عابدين: ج٥/٦٦٣. حاشية الدسوقي: ج٤/٤٧٠. كشاف القناع:ج٣/٣٦٣ ، ج٤/٣٤٠

أما الحق الشخصي فإنه يتعلق بعين معينة بنوعها لا بذاتها، وعلى ذلك إذا هلكت هذه العين أو استحقت فإن العقد لا ينفسخ، ويجب على المدين البائع أن ينفذ العقد بإحضار عين أخرى مماثلة بدلاً من التالفة[1].

(٤) لا يجوز لمن التزم بتسليم عين معينة أن يقوم بتسليم عين أخرى غيرها حتى ولو كانت من نفس النوع، هذا في الحق العيني، أما إذا كان الحق شخصياً أي حقاً ثابتاً في الذمة فإن للمدين بهذا الحق أن يسلم عيناً أخرى ومن نفس نوع العين المتفق عليها وبالشروط المنصوص عليها في العقد[2].

الفرع الثاني: الحق غير المالي

الحق غير المالي هو: ما كان موضوعه شيئاً آخر غير المال، وهو أنواع كثيرة مثل حقوق الأسرة، الحقوق العامة.

أولاً: الحقوق المرتبطة بالأسرة:

وهي حقوق غير مالية تثبت للشخص باعتباره ركناً أساسياً في

---

(١) تفصيل ذلك كله في: البدائع: ج٧/ ٣٢٣٥ وما بعدها. روضة الطالبين: ج٣/ ٤٩٩. المغني: ج٤/١١٦.

(٢) الفروق للقرافي: ٢/ ١٣٣.

الأسرة المكونة من الزوج والزوجة وأبنائهما. وسنتحدث عنها بإيجاز لأنها ستدرس بالتفصيل في السنة الثانية إن شاء الله.

وهذه الحقوق أهمها ما يأتي:

(١) حقوق الزوج:

قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[1] أي قائمون عليهن بالأمر والنهي والانفاق والتوجيه ولقد منح الله الأزواج العقل والتدبير ولذا فهم يقومون بحفظ النساء ورعايتهن والإنفاق عليهن وتأديبهن[2].

قال أبو السعود: والتفضيل للرجل لكمال العقل وحسن التدبير ورزانة الرأي ومزيد القوة ولذلك خصوا بالنبوة والإمامية والولاية والشهادة والجهاد وغير ذلك.[3]

هذا هو حق القوامة المقرر للزوج، وهذا الحق لا يعني التسلط والاستبداد، بل إن هذا الحق يقتصر على التوجيه والنصح والإرشاد، حتى في حالة نشوز المرأة وعصيانها وتمردها على زوجها أو تعاليها وتكبرها عليه، له أن يسلك معها سبل الإصلاح المنصوص عليها في

---

(١) سورة النساء: الآية٣٤.

(٢) صفوة التفاسير: ص٢٧٤.

(٣) مختصر ابن كثير: ج١/ ٣٨٤.

الآية الكريمة ﴿فَعِظُوهنَّ واهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ أي يعظها وينصحها فإن لم ينجح الوعظ والنصح فليجرب وسيلة أخرى وهي هجرها في الفراش، قال ابن عباس الهجر ألا يجامعها وأن يضاجعها في الفراش ويوليها ظهره، فإن لم ترتدع فله أن يضربها ضرباً غير مبرح [(١)] وثبت في صحيح مسلم عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في حجة الوداع «واتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان ولكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف» قال الحسن البصري: ضرباً غير مبرح: أي غير مؤثر، قال الفقهاء هو ألا يكسر فيها عضواً ولا يؤثر فيها شيئاً [(٢)].

وأما حق الطاعة: فإنه يرتبط بحق القوامة ولا ينفصم عنه لأنه نتيجة له، فالحق الأول لا يكون له وجود فعال إلا إذا اطاعت المرأة زوجها في أوامره ونواهيه مما لا معصية فيه، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلا﴾ أي إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يريده منها ما أباحه الله له منها فلا سبيل له عليها بعد ذلك وليس له ضربها ولا هجرانها [(٣)]. وقد روى عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خير النساء امرأة إذا نظرت إليها سرتك، وإذا أمرتها أطاعتك،

---

(١) المرجع السابق: ص٢٧٤.

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير: ج١/ ٤٩٢.

(٣) نفي المرج السابق.

وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك ثم قرأ الرسول الكريم هذه الآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[1] .[2]

مكوث الزوجة في البيت: قال تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾[3] أي إلزمن بيوتكن ولا تخرجن لغير حاجة، ولا تظهرن زينتكن ومحاسنكن للأجانب مثل ما كان نساء الجاهلية يفعلن، حيث كانت تخرج المرأة إلى الأسواق مظهرة لمحاسنها، كاشفة ما لا يليق كشفه من بدنها[4] ومعلوم أن هذه الآية نزلت في نساء النبي عليه السلام، ونساء المسلمين تبع لهن في ذلك[5] وروى أن امرأة سالت عن حق الزوج على زوجته، فقال: حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت -أي خرجت بدون إذنه- لعنها الله وملائكة الرحمة، وملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع.

وعلى ذلك يجب على الزوجة أن تظل ببيت الزوجية لترعاه وألا تخرج منه إلا بإذنه ورضاه.

---

(١) سورة النساء: الآية٣٤.

(٢) د. محمد البهي ، حقوق الإنسان في الإسلام ورعايته للقيم والمعاني الإنسانية، ص٥٦ وما بعدها.

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٣٣

(٤) صفوة التفاسير -المرجع السابق- ص٥٢٤.

(٥) تفسير القرآن العظيم: ج٦/ ٤٠٥.

حق الطلاق : هذا الحق اعطاه الله للزوج، . إذا استحالت الحياة الزوجية وأصبحت العشرة بينهما مستحيلة، قال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1] فإذا فارق كل من الزوجين الآخر بالطلاق، فإن الله يغنيه بفضله ولطفه، بأن يرزقه زوجاً خيراً من زوجه، وعيشاً أهنأ من عيشه. قال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاً مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً﴾[2]

حق الحضانة : إن هذا الحق قرره الشارع للطفل حماية له من الضياع بعد انفصال والديه بالطلاق، وقد فصلت كتب الفقه في المذاهب المختلفة من له الحق في حضانة هذا الطفل، فاتفق الفقهاء على إعطاء هذا الحق للأم أولاً ومن يليها من النساء، لاحتياجه إلى الخدمة من أكل وغسل للثياب وما شابه ذلك، وينتقل هذا الحق إلى الأب ومن بعده عصبته بعد استغنائه عن خدمة النساء، هذه المسألة مفصلة في كتب الفقه كما ذكرنا.

(٢) حقوق الزوجة:

حق المعاشرة بالمعروف، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾[3] أي

---

(١) سورة الطلاق: الآية٢.

(٢) سورة النساء: الآية١٣٠.

(٣) سورة النساء: الآية١٩.

صاحبوهن بما أمركم الله به من طيّب القول والمعاملة بالإحسان فإن كرهتم صحبتهن فاصبروا عليهن واستمروا في الإحسان إليهن فعسى أن يرزقكم الله منهن ولداً صالحاً تقر به أعينكم، وعسى أن يكون في الشيء المكروه الخير الكثير، وفي الحديث الصحيح: لا يفرك أي لايبغض مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر»[1]

وقال عليه السلام أيضاً: «استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن خلقنَ من ضلع أعوج، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيراً»[2]

وأما حق العدل بين الزوجات إذا كان الزوج متزوجاً بأكثر من زوجة، فقد قال المولى سبحانه وتعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[3] أي انكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم اثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء أربعاً، فإن خفتم من عدم العدل بين الزوجات فالزموا الاقتصار على واحدة[4]، فالعدل بين الزوجات حق للزوجية وواجب على الزوج، ويقصد بالعدل هنا: العدل في الأشياء الظاهرة كالمساواة بينهما

---

(١) صفوة التفاسير: ٢٦٧.

(٢) صحيح البخاري: ج٧/ ٣٤٣. صحيح مسلم: ج١/ ٦٢٥.

(٣) سورة النساء: الآية٣.

(٤) صفوة التفاسير: ٣٥٩.

في نفسه وسكنى، أما الأشياء غير الظاهرة وهي الباطنة فالعدل فيها غير ممكن كالحب، قال تعالى في سورة النساء أيضاً: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة﴾[1] لأن الحب كامن في القلب لا يطلع عليه إنسان ولادخل للإنسان فيه لأنه يأتي رغماً عنه، ولقد روى عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه فيعدل، ثم يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولاأملك».

(٣) الحقوق المشتركة بين الزوجين:

قال تعالى: ﴿والذين هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافظون إلا على أزواجهم أوْ ما ملكت أيمانهم غيرُ ملومين﴾[2] فمن أوصاف المسلمين صيانة الفرج عن المحرم من زنا ولواط وإظهار العورات وكشفها وأما الأزواج أو الإماء المملوكين لهم فيحل لهم معاشرتهم. وإذا أثمرت الزيجة عن أولاد فهم ينسبون إليهما معاً، حتى وإن مات الزوج أو طلقت الزوجة بشرط أن يولد خلال سنة شمسية من تاريخ وفاة الزوج أو طلاق الزوجة وفقاً للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

ثانياً: الحقوق العامة:

إن هذه الحقوق ثابتة لجميع البشر، من أي جنس وأياً كان لونه أو

(١) سورة النساء: الآية ١٢٩.

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٥، ٦

دينه، فقيراً كان أم غنياً، صعلوكاً أو رئيساً، لأن الجميع يتمتعون بصفة الآدمية أو الإنسانية، وقد أطلقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على هذه الحقوق العامة اسم حقوق الإنسان عام ١٩٤٨، ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية قد نصت على هذه الحقوق منذ ألف وأربعمائة عام تقريباً. ولم يقتصر الأمر على إقرارها من الناحية النظرية فقط، كما فعلت الأمم المتحدة، وإنما نصت أيضاً على الجزاء المناسب عند الاعتداء على أي حق من هذه الحقوق.

وسنخص بالحديث أهم هذه الحقوق وهي: حق الحياة والمحافظة على النفس وحق الحرية وحق المساواة.

١ - حق الحياة والمحافظة على النفس:

خلق الله تعالى الإنسان لعبادته، قال سبحانه ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنْسَ إلا لِيَعْبُدُونِ﴾[1] وقال عليه السلام لأصحابه: «أتدرون ما حق الله على عباده، وما حق العباد على الله قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: حق الله على عباده أن يعبدوه، ولا يشركوا به شيئاً، وحق العباد على الله أن لا يعذبهم» وأما حق الإنسان فله أن يتمتع بنفسه وبقائه حياً، وقد حرص الشارع الحكيم على حماية هذا الحق، فجعل حفظ النفس من الضروريات الخمس التي أوجب حفظها، ولذلك حرم على الإنسان أن يقتل نفسه بالانتحار، فالإنسان لا يملك التصرف في هذا

---

(١) سورة الذاريات: الآية٥٦.

الحق -حفظ النفس- لأنه ملك لخالقه، قال تعالى: ﴿وَلا تَقْتُلوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾[1] وقال تعالى: ﴿وَلا تُلقُوا بأيْدِيكُمْ إلى التَّهْلُكَةِ وأحْسِنُوا إنَّ اللَّهَ يُحِبُّ المُحْسِنِينَ﴾[2] فإذا خالف إنسان ذلك استحق العذاب الأليم في الآخرة، قال عليه السلام: «من تَرَدَّى من جبل فقتل نفسه، فهو في نار جهنم يَتَرَدَّى فيها خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن تَحَسَّى[3] سُمّاً فقتل نفسه فسُمه في يدِهِ يتحسّاه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً»[4].

كذلك حرم المولى الاعتداء على حياة إنسان من الغير بغير حق فقال تعالى: ﴿لا تَقْتُلوا النَّفسَ التي حَرَّمَ اللَّهُ إلا بالحَق﴾[5] وشرع عقوبة القصاص في الدنيا والعذاب الأليم في الآخرة لمن خالف هذا الأمر الإلهي، بالإضافة إلى غضب الله عليه ولعنه له، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُه جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وأعَدَّ لهُ عَذَاباً عَظِيماً﴾[6]. وقال أيضاً: ﴿وَلَكُمْ في القِصَاصِ حَيَاةٌ﴾

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٥.

(٣) تَحَسَّى: بمعنى شرب.

(٤) صحيح البخاري: كتاب الطب.

(٥) سورة الأنعام: الآية ١٥١.

(٦) سورة النساء : الآية ٩٣.

والقصاص يكون في النفس وما دونها. قال تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالعَيْنَ بِالعَيْنِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ والسِنَّ بِالسنِّ والجُرُوح قِصَاصٌ﴾[1].

كما حرم المولى الإجهاض والاعتداء على الجنين وهو في بطن أمه، وشرع حق الدفاع عن النفس قال تعالى: ﴿فَمَنِ اعتَدَى عَلَيكُمْ فاعتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعتَدى عَلَيكُمْ﴾ كما روى أن رجلا جاء إلى النبي عليه السلام فقال: يارسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك. قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله. قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد. قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار[2].

٢- حق الحرية:

الحرية هي أغلى شيء في الوجود، أقرتها الشريعة السمحاء في وقت سادت فيه العبودية والعنصرية، فهذا عمر بن الخطاب يقول عبارته الشهيرة إلى عمرو بن العاص: «متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً» فالإنسان حر في اعتناق الدين الذي يريده، حر في تفكيره ورأيه حر في أن يمتلك ما يشاء من الأموال طالما يؤدي حق المولى سبحانه من زكاة وخلافه، حر في استقراره وترحاله فلا حجر

---

(١) سورة المائدة: الآية ٤٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

عليه انتقاله لأي مكان يشاء حر في اختيار العمل الذي يرغب في تاديته.

(أ) - حرية العقيدة:

فالأصل فيها قوله تعالى: ﴿لاإِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنْ الغَيِّ﴾[1] :

فلا إجبار ولا إكراه لأحد على الدخول في الإسلام فقد بان الحق ووضح ولم يعد خافياً على أحد من الناس الحق من الباطل. وقال تعالى أيضاً: ﴿وَقُلِ الحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ وقال أيضاً: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِي دِينِ﴾ ولكن إذا دخل إنسان ما في دين الله بكامل حريته واختياره واقتناعه دون إكراه فلا يصح له أن يترك الإسلام إلى أي ديانة أخرى، لأنه في هذه الحالة يكون مرتداً، حكمه في الشريعة القتل بعد أن يستتاب سواء أكان ارتداده على جهة الاستهزاء أو العناد أو الاعتقاد، قال تعالى: ﴿قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ. لاتَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾[2].

(ب) حرية الفكر والرأي:

للإنسان أن يعبر عن فكره ورأيه بأي وسيلة، طالما أنه لايخالف

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني: ج ٥/٣٢٦.

(٢) سورة التوبة: من الآيتان ٦٥، ٦٦.

مبادئ الإسلام وقواعده الكلية، وقد عمل الخلفاء الراشدين على تشجيع الرأي مع احترام الرأي المعارض، وأوضح مثال على ذلك ما فعله عمر بن الخطاب حينما عارضته امرأة عندما أراد وضع حد أقصى للمهور لمنع المغالاة فيها، فقد قالت له: كيف تفعل ذلك يا ابن الخطاب، وقد قال الله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً﴾[1].

بل إن الشريعة أوجبت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، في قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[2] من هذه الآية يتضح لنا شرعية الجهر بالرأي إذا كان متضمناً الدعوة إلى الخير والصلاح، وأما حرية الفكر والتفكير فقد أتى القرآن بآيات عدة تحث الإنسان على التفكير والنظر في الكون وفي خلق الله ليتوصل إلى عظمة الله وقدرته. قال تعالى: ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لآيَاتٍ لأُوْلِي الأَلْبَابِ﴾[3] وقال أيضاً: ﴿أَوَلَمْ يَنظُرُوا فِي مَلَكُوتِ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَمَا خَلَقَ اللَّهُ مِن شَيْءٍ﴾[4]

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٠.

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٠٤.

(٣) سورة آل عمران: الآية ١٩٠.

(٤) سورة الأعراف: الآية ١٨٥.

(ج) حرية التملك والعمل:

كل شخص حر في أن يختار العمل المناسب لملكاته وقدراته في التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو أي مهنة أخرى، فإذا حصل الإنسان على ثروة من عملة وكدّه فلا يسأل عن ذلك، طالما أنه اكتسبها من عمل أو مهنة مشروعة وطالما أنه يؤدي حق المولى سبحانه وتعالى. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ وَلا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ. يَوْمَ يُحْمَى عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَى بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كُنتُمْ تَكْنِزُونَ﴾[1].

(د) حرية التنقل:

للإنسان أن ينتقل من مكان إلى آخر سواء داخل وطنه، أو خارجه طلباً للرزق الحلال والتجارة والعمل المباح، قال تعالى: ﴿فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾[2].

ويروى أن عمر رضي الله عنه مر بقوم فقال: «من أنتم؟ فقالوا المتوكلون. فقال: بل أنتم المتواكلون، إنما المتوكل رجل ألقى حبة في

---

(١) سورة التوبة : الآية ٣٤: ٣٥.

(٢) سورة الملك : الآية ١٥.

بطن الأرض وتوكل على ربه عز وجل»[1]

وروى الإمام أحمد في مسنده، قول الرسول عليه السلام: البلاد بلاد الله، والعباد عباد الله، فحيثما أصبت خيراً فأقم». وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَجِدْ فِي الْأَرْضِ مُرَاغَماً كَثِيراً وَسَعَةً﴾[2] فهذه الآية ترغب في الهجرة فمن يفارق وطنه فراراً بدينه من كيد الأعداء يجد مهاجراً ومتجولاً في الأرض كبيراً يراغم به أنف عدوه ويجد سعة في الرزق فأرض الله واسعة ورزقه سابغ على العباد[3]. وعلى ذلك فمن يهاجر طلباً للرزق يكون في سبيل الله وأجره على الله، ولكن يجوز للإمام أو من يقوم مقامه أن يمنع أصحاب الخبرات النادرة من مغادرة البلاد وللهجرة منها لاحتياج البلاد إليهم كما فعل الخليفة العادل عمر بن الخطاب فقد منع كبار الصحابة رضوان الله عليهم من مغادرة المدينة ليكونوا بجواره كمجلس استشاري يستفيد من عمله ورأيه ومشورته.

٣ - حق المساواة:

الأصل في هذا الحق قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ

---

(١) تفسير الألوسي: ٢٩/ ١٥

(٢) سورة النساء : الآية١٠٠

(٣) صفوة التفاسير :٢/ ٣٠٠

عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[1] فالخطاب لجميع البشر أي نحن بقدرتنا خلقناكم من أصل واحد، وأوجدناكم من أب وأم فلا تفاخر بالآباء والأجداد ولا اعتداد بالحسب والنسب، كلكم لآدم وآدم من تراب، وجعلناكم شعوباً شتى وقبائل متعددة ليحصل بينكم التعارف والتآلف لا التناحر والتقاتل والتخالف قال مجاهد: ليعرف الإنسان نسبه فيقال فلان بن فلان من قبيلة كذا[2] وقال شيخ زاده: والمعنى أن الحكمة التي من أجلها جعلكم على شعوب وقبائل هي أن يعرف بعضكم نسب بعض ولا ينسبه إلى غير آبائه لا أن تتفاخر بالآباء والأجداد، فالتفاضل بين الناس بالتقوى لا بالأحساب والأنساب، قال عليه السلام: «من سرّه أن يكون أكرم الناس فليتق الله». والأمثلة على ذلك كثيرة في عهد الرسول وخلفائه الراشدين، ففي حادثة المرأة المخزومية التي سرقت، وأرادت قريش ألا يطبق عليها حد السرقة، لأنها من أشراف قريش، وأرسلوا أسامة ابن زيد ليتوسط لها عند الرسول عليه السلام فغضب الرسول وقال له: أتشفع يا أسامة في حد من حدود الله؟ ثم قال وخطب في الناس، وقال: بعد أن حمد الله وأثنى عليه: «إنما أهلك من كان قبلكم إنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفس محمد بيده، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها».

---

(١) سورة الحجرات : الآية ١٣

(٢) مختصر ابن كثير: ٣/ ٣٦٧.

وقد كتب عمر ابن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري قاضي البصرة فقال له: «إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك، وأنفذ إذا تبين لك أنه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له، آسى بين الناس في مجلسك ووجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك[1]، ولا ييأس ضعيف من عدلك، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرياً عليه شهادة زور أو مجلود في حد أو ظنيناً في ولاء أو قرابة[2] ، وقد علق ابن القيم في كتابه على ذلك بقوله: «وهذا الكتاب الجليل - كتاب عمر إلى موسى- تلقاه العلماء بالقبول ودونوا عليه أصول الحكم والشهادة والحاكم والمفتي أحوج الناس إلى تعلمه والتفقه فيه»[3]

والمساواة أمام القضاء ليست مقصورة على المسلمين فقط، بل إن المساواة مطلوبة حتى ولو كان الطرف الآخر غير مسلم، فقد روي أن يهودياً شكا علي بن أبي طالب للخليفة عمر، فقال عمر لعلي: قم يا أبا الحسن فاجلس بجوار خصمك، ففعل عليّ، وعلى وجهه علامات التأثر، فلما فصل عمر في القضية. قال لعلي: أكرهت يا علي أن تساوي خصمك؟ قال: لا. ولكنني تأملت، لأنك ناديتني بكنيتي فلم تسوّ بيننا فخشيت أن يظن اليهودي أن العدل ضاع بين المسلمين[4]

---

(١) الحيف: الجور والظلم.

(٢) تاريخ الفقه والفقهاء، أ.د. منصور ابوالمعاطي، ص٨٠.

(٣) إعلام الموقعين: ١/ ٨٥ : ٨٩.

(٤) الأستاذ عبدالله غوشه، بحث رعاية الإسلام للقيم والمعاني الإنسانية، مجمع

والمساواة بين المسلمين وغيرهم في تسكينهم في الوظائف العامة أيضاً في الأمصار الإسلامية، فهذا عمر بن الخطاب يقوم بتولية رجال من الروم الوظائف العامة في الدواوين التي أنشأها وظل الحال على ذلك طيلة خلافته وخلافة عثمان وعلي. وأثناء حكم بني أمية إلى أن عرّب عبدالملك بن مروان الدواوين، بل إن أهل الذمة لهم ما لنا وعليهم ما علينا، في المعاملات المدنية وكتب الفقه ملأى بالأمثلة المختلفة على ذلك في الفروع الفقهية في المذاهب المختلفة. من ذلك نرى أن الشريعة الإسلامية تعامل أهل الديانات الأخرى على أنهم أحرار لهم ذمتهم المستقلة يجب مراعاتها والوفاء بحقوقها وفي هذا يقول رسولنا الكريم: «الا من ظلم معاهداً، أو انتقصه حقه، أو كلفه فوق طاقته، فأنا خصمه يوم القيامة».

وإذا نظرنا إلى ما يحدث في مصر وهي أكبر دولة إسلامية من معاملة حسنة لأهل الديانات الأخرى، فلهم من الحقوق مثل ما للمسلمين من تولية الوظائف العامة وخلافه. أما في الدول الشيوعية وبعض الدول الأخرى فإنهم يعاملون المسلمين معاملة سيئة حتى إنهم لا يتركونهم يؤدون الصلاة في حرية بل واجبروهم على تغيير اسمائهم الإسلامية، وما يحدث في افغانستان من والصين والشيشان ليس بخاف على أحد، من قتل وتشريد وهدم ودمار بأحدث أنواع الأسلحة فتكاً ودماراً.

** **

البحوث الإسلامية ، المؤتمر السادس لحقوق الإنسان في الإسلام، ص١٩١.

الفصل الثاني

في المال

المال لغة:

المال معروف. وقال الأزهري: تموّل مالاً اتخذه قنية، والمال عند أهل البادية النعم[1]، وقيل المال هو: ما يملك من كل شيء[2]. فيشمل المنقول والعقار، ذهباً كان أم فضة، حيواناً كان أم نباتاً، أرضاً تزرع أم يبنى عليها.

وشرعاً:

لقد عرف بتعريفات كثيرة، عرفه الحنيفة بقولهم:

«إنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح العباد وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار»[3] وعلى ذلك فإن الشيء لا يعد مالاً إلا إذا توافر فيه ركنان. الأول: إمكان الحيازة والإحراز، والثاني:

---

(١) المصباح المنير: ٢/٥٨٦.

(٢) القاموس المحيط: ج٤، باب اللام، فصل الميم.

(٣) البحر الرائق لزين الدين ابن نجيم ٥/٢٥٦ وما بعدها. وعرفه بن عابدين في حاشيته بقوله: «المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة»: ج٤/٣.

إمكان الانتفاع به انتفاعاً معتاداً فجميع الأشياء التي يمكن حيازتها وإحرازها والانتفاع بها على وجه معتاد تكون مالاً كالنقود والحيوانات والعقارات وغيرها مما يتحقق فيه الركنان. أما ما لا يمكن حيازته عادة كضوء الشمس وحرارتها وضوء القمر فلا يعد مالاً وإن انتفع به.

وأما ما يمكن حيازته لكن لا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد كحبة من شعير أو من ذرة أو حفنة من تراب ، فإنه لا يمكن الانتفاع بها وحدها بأي حال من الأحوال لقلتها وحقارتها ولذا فلا يعد مالاً.

وأما الأشياء المعنوية كالعلم والشرف فهو ليس بمال لأنها من الأشياء التي لا يمكن حيازتها ، ولكن القانون يعتبر هذه الأشياء من الأموال. لأن المال في عرف القانون: هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان هذا الحق سواء أكان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

وأما الأشياء التي يمكن حيازتها واحرازها ولكن لا ينتفع بها أصلاً كالأطعمة الفاسدة ولحوم الميتة فإنها لا تعد مالاً شرعاً.

وأما المنفعة: فهي الفائدة المقصودة من الأعيان والأشياء المادية كركوب وسائل النقل المختلفة من سيارات وطائرات وسفن، أو سكنى الدار. وعلى ذلك ووفقاً للتعريف السابق للمال فالمنافع ليست بمال عند الحنفية.

وعرفه الجمهور بما يأتي:

المال هو كل ما يجري فيه البذل والمنع[1] وعليه فالمال يشمل الأشياء المادية كالذهب والفضة، ويشمل المنافع أيضاً من سكنى البيوت وخلافه.

أي أن المالكية والشافعية والحنابلة يعدون المنافع من الأموال خلافاً للحنفية فجمهور الفقهاء -إذاً- يتفقون مع فقهاء القانون الوضعي في هذه المسألة، لأن المنافع عندهم مال أيضاً.

وأما الحقوق: البعض اتفق على أنه ليس بمال، والبعض الآخر على أنه مال واختلف في بعض الحقوق.

(أ)-اتفق الفقهاء على أن الحقوق المتعلقة بغير المال مثل القصاص والعفو عنه والحضانة والولاية على أموال القاصر والولاية على النفس لا تعد مالاً.

(ب)-واتفق الفقهاء على أن الحقوق المتعلقة بالأعيان -أي الأشياء المادية- تعلق استقرار ودوام كحقوق الارتفاق بأنواعها المختلفة تعد من الأموال، وهذا النوع يجوز أخذ المال في مقابله وينتقل إلى الورثة بالإرث.

(ج)- أما الحقوق التي اختلف في ماليتها فهي: الحقوق التي لها رابطة ضعيفة غير مستقرة بالأعيان، مثل حق الشفعة وحق الفسخ

(١) حاشية الدسوقي ٣/١، كشاف القناع ١٥٢/٣، روضة الطالبين ٣٥٠/٣.

بخيار الشرط.

فيرى الحنفية: أن هذا النوع من الحقوق لا يعتبر من الأموال لأنها من الأشياء المعنوية التي لا نتمكن من حيازتها أو إحرازها.

ويرى جمهور الفقهاء: أن هذا النوع من الحقوق يعتبر من الأموال لأنه يمكن حيازتها بحيازة أصلها ومصدرها، كما أن الأعيان لا تقصد ولا تحصل الرغبة فيها إلا من أجلها، وعلى ذلك فهذه الحقوق تنتقل إلى الورثة بالإرث، ويجوز أخذ المال في مقابلها كما تكون محلاً للضمان عند غصبها، هذا ويجب التنويه إلى أن حق الشفعة مستثنى من أخذ عوض في مقابله حيث لا وجه لذلك، لأن الشفيع إذا تنازل عن حقه في مقابل عوض مالي فلا شيء له، لأن حق الشفعة شرع لدفع ضرر الدخيل الأجنبي[1]

الراجح: رأي الجمهور هو الرأي الراجح في نظري لأنه يترتب عليه تحقيق مصلحة للخلائق، واعتبارها من الأموال ييسر لهم الحصول عليها بيسر وسهولة.

خصائص المال في الفقه الإسلامي هي:

١ - أن يميل إليه طبع الإنسان، فالشيء الذي لا تميل إليه النفس لا يعد مالاً كحبة القمح وحفنة التراب.

---

(١) أ.د. محمد الحسيني الحنفي، المدخل : ص٣١٣ وما بعدها. أ.د.عبدالمجيد مطلوب:المرجع السابق-ص٢٧٦ ومابعدها.

٢ - أن يكون من الكائنات الموجودة على ظهر الأرض غير الإنسان، فالإنسان لا يباع ولا يشترى.

٣ -أن يكون من الأشياء التي يمكن حيازتها وإحرازها، فما لا يمكن حيازته وإحرازه كضوء القمر مثلاً لا يعد من المال.

٤ - أن يكون منتفعاً به، فما لا ينتفع به أصلاً لا يعد مالاً كلحم الميتة.

٥ - أن يكون قابلاً للانتفاع به في حالة الاختيار، لأن الانتفاع بالشيء في حالة الضرورة لا يكون دليلاً على أنه مال، كإباحة أكل الميتة في حال الاضطرار.

٦ - أن يكون مما يجري فيه البذل والمنع فحبة الأرز أو الشعير لايجري فيها البذل والمنع ولذا لا تعد من المال[1].

أقسام المال:

إن أحكام المال في الفقه الإسلامي تختلف باختلاف النوع والقسم الذي ينتمي إليه. لأن المال ينقسم إلى تقسيمات عدة تبعاً لاختلاف الاعتبارات، وقد قسمه الفقهاء إلى ما يأتي:

فباعتبار ما يكون له من صيانة واحترام وحرمة إلى مال متقوم وغير متقوم، وباعتبار استقراره في مكانه وعدم استقراره إلى عقار منقول، وباعتبار تماثل آحاده أو تفاوتها إلى مثلي وقيمي، وباعتبار

(١) نظرية الحق في الفقه الإسلامي: أ.د.حسن الشاذلي، ص٣٣

استهلاك عينه بالانتفاع وعدم استهلاكها إلى استهلاكي واستعمالي، وباعتبار سهولة التعرف عليه أو صعوبته أو ظهوره وخفائه إلى مال ظاهر وباطن، وباعتبار كونه معداً للاستنماء للاستثمار حقيقة أو حكماً أو لم يكن معداً لذلك إلى: مال نامي وغير نامي، وباعتبار كونه مملوكاً للأشخاص أو غير مملوك لهم إلى مال خاص ومال عام. وذلك في سبعة مباحث متتالية.

****

المبحث الأول

المال المتقوم وغير المتقوم

تعريف: المال المتقوم[1] هو ما حازه إنسان بالفعل وأحرزه، وأمكن الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار. وعلى ذلك فلا بد من توافر عنصرين في المال لكي يكون متقوماً، الحيازة والإحراز الفعلي، وإباحة الانتفاع به شرعاً بشرط أن لا يكون مكرهاً أو مضطراً.

فجميع الأشياء التي يملكها الإنسان وينتفع بها تعتبر من هذا النوع كالحيوانات والأرض والنقود طالما كانت في حيازته وتحت يده.

أما إذا أحرز الإنسان المال وحازه، ولكن الشارع حرم الانتفاع به

---

(١) أي الذي له قيمة.

في الحالة المعتادة كالخمر والخنزير، فإن هذا المال لا يكون متقوماً في حق المسلم ومن المعروف أن الخمر والخنزير من الأموال المتقومة المباحة عند غير المسلمين وفقاً لاعتقادهما خلافاً للشافعي[1].

وأما المال غير المتقوم فهو:

ما لم يحزه الإنسان ولم يحرزه أو حازه وأحرزه، ولكن الشريعة حرمت الانتفاع به في حال السعة والاختيار، مثل الأشياء المباحة إباحة أصلية كالأسماك في المحيطات والبحار والأنهار والطير في الهواء ويدخل في ذلك ما إذا صاد الإنسان طيراً وحازه ثم تركه وأطلقه مرة أخرى، وأما ما حرمت الشريعة الانتفاع به فهو الخمر والخنزير والميتة والدم .. إلخ.

فهذه الأشياء لا يجوز الانتفاع بها إلا في حالة الضرورة[2]، قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ إلى آخر الآية.

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

أ - ضمان الأشياء التالفة: فالمال المتقوم إذا أتلفه الغير ضمنه لمالكه، أما غير المتقوم فإنه إذا أتلف من الغير فإنه لا يضمن، لأنه لا حرمة له ولا حماية، فإذا أراق مسلم أو ذمي خمراً مملوكة لمسلم

---

(١) أ.د. محمد الحسيني الحنفي، المرجع السابق، رقم٣١٦

(٢) كمن يكون في صحراء، ويشرف على الهلاك بسبب الجوع أو العطش ولم يجد إلا الخمر أو الخنزير أو الميتة فله أن يتناول منها بالقدر الذي يحافظ به على نفسه. انظر أ.د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد رقم١٦٤.

لم يجب على أحد منهما الضمان لأنها غير متقومة في حقه. أما إذا كانت مملوكة لذمي فإن الضمان يكون على المتلف لأنها من الأموال المتقومة في شريعته، وقد أمرنا الله بتركهم وما يدينون. قال تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ استناد إلى ما ذهب إليه الأحناف والمالكية.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم ضمان المتلف حتى وإن كانت مملوكة لذمي، لأن الخمر ليست مالاً متقوماً حتى بالنسبة للذميين [1] لأن ما لا يكون متقوماً في حق المسلم لا يكون متقوماً في حق الذمي[2].

ب - صلاحية التعامل والتصرف: المال المتقوم يكون صالحاً للتعامل فيه بجميع أنواع التصرفات من بيع وإجارة وإعارة وهبة ووصية وما شابه ذلك.

أما غير المتقوم فلا يكون صالحاً للتعامل فيه ولا يجوز أن ترد عليه شيء من التصرفات السابقة، فلا يجوز مثلاً بيع الأشياء المباحة ولا هبتها ولا الوصية بها لأنها غير مقومة، كما لا يجوز بيع الخمر والخنزير من المسلمين لأنها من الأموال غير المتقومة في حقهم كما ذكرنا، كما لا يجوز بيعها من الذمي أيضاً وفقاً للجمهور خلافاً للحنفية[3].

---

(١) أصول البزدوي : ج٤/١٤٥١.

(٢) المغني لابن قدامة: ج٥/٢٧١.

(٣) بداية المجتهد: ج٢/١٢٤ ومابعدها.

وإذا نظرنا إلى قانوننا المدني مادة (٨١) منه نجد أن يبيح التعامل في الخمر والخنزير ويعتبرهما من الأموال المتقومة. لأن الشريعة تعتمد على الشارع في اعتبار المال متقوماً يباح الانتفاع به أو في اعتباره غير متقوماً لا يباح الانتفاع به، وأما القانون فهو الذي يضع الإطار للأشياء الداخلة في التعامل والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل وفي هذا الشأن تقرر المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل[1]

١ - إما أن تكون خارجة بسبب طبيعتها مثل الأشياء الشائعة المخصصة بواسطة الطبيعة لاستعمال الكافة، كالشمس والهواء والبحر، ولكن إذا أحرزت أجزاء من هذه الأشياء، جاز امتلاكها والتعامل فيها كالهواء المضغوط.

٢ - وإما أن تكون خارجة عن التعامل بسبب الغرض المخصصة له كالأشياء العامة المملوكة للدولة، فإن هذه الأشياء لايجوز التصرف فيها لأنها مخصصة للمنفعة العامة.

٣ - وإما أن تكون خارجة عن التعامل بنص القانون، كحظر

(١) مادة(٨١) من القانون المدني :«وكل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته هي أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية».

التعامل في المخدرات والجواهر السامة إلا لأغراض طبية ويدخل في ذلك الأشياء المخالفة للنظام العام والآداب كتجارة الرقيق والأعراض.

هذا بالإضافة إلى أن جميع الحقوق الغير مالية تكون خارجة عن دائرة التعامل كالحقوق العامة والحقوق السياسية وحقوق الأسرة[1].

** **

المبحث الثاني

العقار والمنقول

تعريف: العقار هو: ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأرض، والمنقول هو: الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات(مادة ١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية).

وجمهور الفقهاء يعرف المنقول بذلك التعريف، ولم يخرج عن ذلك إلا المالكية الذين يعتبرون الأشياء الذي يمكن نقلها من محل لآخر مع تغيير صورتها وهيئتها بسبب هذا النقل من قبيل العقار، فهم -أي المالكية- يعرفون العقار بأنه: الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر والمنقول هو ماعدا ذلك[2] والقانون المدني يتفق مع المالكية في رأيهم في

(١) حاشية الدسوقي: ج٣/٤٨٢.

(٢) أ.د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات : ج١/ ٣٠٠.

التفرقة بين المنقول والعقار.

فهو يعرفها بقوله: «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول» مادة ٨٢/ ١ منه وأضافت الفقرة الثانية نوعاً ثالثاً يسمى العقار بالتخصيص وهو منقول بطبيعته، ويعتبره القانون بمثابة عقار حيث يرصد لخدمة عقار واستغلاله، ويهدف المشرع من ذلك إلى حسن استغلال العقار بطبيعته، فيظل مرتبطاً به، ولا ينفصل عنه بدون إرادة المالك[1]، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة(٨٢) على ذلك بقولها: ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله».

وأما الحقوق العينية الأصلية أو التبعية العقارية الذي نصت عليه المادة(٨٣) من القانون المدني فهي داخلة في العقار أيضاً، بما في ذلك حق الملكية، وما يتفرع عنه من حقوق عينية أصلية أخرى كحق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق، والتأمينات العينية الواردة على عقار كالرهن الرسمي والاختصاص أو الرهن الحيازي والامتياز إذا كان محلها عقار، والدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري مثل دعوى استحقاق العقار ودعوى تقرير حق الانتفاع أو حق الارتفاق، ودعوى الرهن الرسمي[2].

(١) أ.د.أحمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للحق رقم١٤٥.
(٢) نفس المرجع السابق ص١٥٤ ومابعدها.

وعلى ذلك فالقانون المدني الجديد يطبق رأي المالكية مع التوسع في العقار بإدخال العقار بالتخصيص والحقوق العينية بنوعيها- أصلية وتبعية- فيه.

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

١- الشفعة: وهي: تملك العقار المبيع قهراً وجبراً عن المشتري والبائع بما اتفق عليه من الثمن والمصاريف. والشفعة لا تثبت إلا في العقار ولا تثبت في المنقول إلا تبعاً للعقار، وعلى ذلك فالشفعة لا تثبت في المنقول استقلالاً وقد اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[١] على ذلك، وهذا الحق لا يثبت إلا لمن كان مالكاً لعقار يشفع به، فهو لا يثبت لمالك المنقول. وحق الشفعة قرره الشارع لدفع ضرر الشركة والجوار، وهذا الضرر وإن كان موجوداً في كل شيء، إلا أنه يكون موجوداً في العقار بصورة أوضح، لأن العقار يدوم مدة طويلة، والضرر يكون موجوداً طالما كان العقار موجوداً[٢] هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز الشفعة في المنقول الذي تؤدى قسمته إلى ضرر مثل الحيوانات، ويقاس عليها جميع المنقولات التي لا تقبل القسمة من سيارات وسفن وما شابه ذلك[٣].

٢- حقوق الارتفاق: فهذه الحقوق لا تثبت إلا على العقار،

---

(١) نهاية المحتاج ١٩٣/٥ ، بداية المجتهد ٢٥٧/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٨٩/٥ ، حاشية الدسوقي ٤٨٢/٣ ، نهاية المحتاج ١٩٣/٥، كشاف القناع ١١٦/٤.

(٣) سبل السلام٧٤/٣.

ولا تتقرر إلا لمالك العقار كحق الشرب، وحق المسيل وحق المجري، وحق المرور، وحق الجوار. وقد سبق تعريف هذه الحقوق.

٣- الوقف: إخراج الإنسان شيئاً من ملكه إلى حكم ملك المولى سبحانه وتعالى مع التصدق بريعه، وقد اتفق الفقهاء على جواز وقف العقار، أما المنقول فقد اختلفوا في جواز وقفه[1] فالحنفية يرون: أنه لا يجوز وقف المنقول إلا تبعاً لعقار، ومثلوا لذلك بوقف شخص ضيعة أي عزبة بما فيها من حيوانات ومعدات الحراثة والري ونحو ذلك، فهذا الوقف جائز عندهم، كما أجازوا وقف الخيل والسلاح في سبيل الله، وقد وردت آثار مشهورة في ذلك عن الصحابة رضوان الله عليهم، بل أن محمد بن الحسن -صاحب أبي حنيفة- أجاز وقف المنقولات التي فيها تعامل كالفأس والمحراث والمصاحف وكتب العلم.

وأما جمهور الفقهاء -من المالكية والشافعية والحنابلة- فإنهم يجيزون وقف المنقول إذا كان مما ينتفع به مع بقاء أصله لقوله عليه السلام: «من احتبس فرساً في سبيل الله، إيماناً بالله، وتصديقاً بوعده، فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة» وقوله أيضاً: وأما خالد فقد حبس أدرعه واعتاده في سبيل الله[2] وعلى ذلك يجوز وقف جميع أسلحة الجهاد في سبيل الله، من دبابات ومدافع وطائرات وصواريخ-فالخيل والأدرعة لا تستخدم الآن في القتال-

---

(١) فتح القدير ٤٨/٥ ومابعدها ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي رقم ٤٠٠ ، مغني المحتاج ٣٧٧/٢ ، كشاف القناع ٢٠٦/٤.

(٢) صحيح البخاري ج٤ باب الجهاد والسير ، كشاف القناع ٢٠٦/٤.

ويقاس عليها جميع المنقولات التي تستخدم في المنافع المباحة. هذا وقد اتفقت الأمة على إباحة وقف الحصر والقناديل في المساجد من غير نكير[1] وفي أيامنا هذه توقف المراوح والموكيت بدلاً من الحصير، والمكيفات ا وغيرها من أدوات النظافة، والمصاحف والكتب العلمية من تفسير وفقه وحديث هذا وقد أجاز المالكية وقف المنقول مطلقاً، وقد أخذ قانون الوقف رقم٤٨ لعام ١٩٤٦برأي المالكية.

٤ - تصرف الوصي في مال القاصر:

فالوصي لا يجوز له أن يتصرف في أموال القاصر العقارية بالبيع أو الإجارة لمدة طويلة، إلا لسبب مقبول تقره المحكمة الحسبية الذي يلزم الحصول على إذنها، ولكن يجوز للوصي أن يتصرف في أموال القاصر المنقولة بجميع أنواع التصرفات دون أن يحصل على إذن المحكمة الحسبية طالما وجد المصلحة في ذلك[2].

بيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه:

اتفق جمهورالفقهاء [3] على جواز طلب الحجر على المدين من الدائنين، إذا استغرقت الديون ماله، لبيعها جبراً عنه وفاء لديونهم، فإذا وافق القاضي على هذا الطلب، وجب عليه أن يأمر ببيع المنقول أولاً، فإن لم يف ثمنه بالديون. انتقل إلى العقار وأمر ببيعه. وعند بيعه

(١) د. أحمد بلال ، المدخل رقم٢٧٦ ومابعدها.

(٢) أ.د.الحسيني الحنفي ، المدخل ٣١٨.

(٣) ما عدا الإمام أبوحنيفة وجماعة من أهل العراق . بداية المجتهد ونهاية المقتصد١٨٣/٢.

للمنقـول يجب عليه أن يبـدأ بالأشياء التي يـخشى عليهـا من التلف أو الهلاك لسرعة فسادها كالفواكه والخضروات، ثم بالحيوانات لأنه محتاج للنفـقه لأكله وشـربه، ولأنه مـعرض للتلف، ثم عـروض التجـارة [1] ثم أنواع المنقـولات الأخرى كـالأثاث والأجـهزة الكهـربائيـة ثم العقـار والحكمة من إرجائه أن العقار لا يحتـاج إلى النفقة. كما أنه لا يتعرض للهلاك أو السرقة[2].

٦ - **نص القـانون المدني المصـري على أنه**: «في المواد العـقارية لا تنتقل الملكيـة ولا الحقوق العـينية الأخرى سـواء أكان ذلك فيـما بين المتـعاقـدين أم كـان في حق الغـير، إلا إذا روعـيت الأحكام المبـينة في قانون تنظيم الشهـر العقاري» مادة٩٣٤/ ١. فملكية العـقار لا تنتقل إلا بتـسجـيل عقـدالبيع. وأمـا المنقـول فتنتـقل ملكيته بمجـرد تسليمـه إلى المشتري. ولكن لا يجوز للـمشتري أن يتصرف في المنقول قـبل قبضه، لأن جمـهور الفقـهاء [3] قد منـع التصرف فـي المبيع قـبل قبضـه، ولـم يخرج عن هذا إلا المالكية[4] ورواية عن أحمد بن حنـبل الذين يجيزون التصرف في المبيع قبل القـبض إذا لم يكن من المطعومات، بل وأجازوا التصـرف في المبيع إذا كـان من المطعومات قـبل القبض في حـالة ما إذا كان البـيع جزافـاً بدون كيل أو وزن أو عـد. وأما العقـار فقـد اختلف

---

(١) عروض التجارة هي السلع والبضائع التي تخصص للتجارة كالأقمشة والأجهزة .. إلخ .

(٢) فتح القدير:٣٢٨/٧، مغني المحتاج للشربيني الخطيب:٢/ ١٥٠.كشاف القناع:٣٦٢/٣.

(٣) الأم:٣/ ٦٠، المبسوط ٨/١٣. البدائع:٢٤٣/٥. الكافي لابن قدامه ٦٢٧/٢.

(٤) حاشية الدسوقي: ١٣٦/٣.

فيه، فذهب الحنفية [1] إلى جواز بيعه قبل قبضه لأنه لا يهلك قبل قبضه، وذهب آخرون إلى عدم جواز بيعه مطلقاً قبل قبضه [2].

** **

المبحث الثالث
المال المثلي والمال القيمي

تعريف:

فالمال المثلي: هو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به في المعاملات، وله نظير في السوق كالمكيلات والموزونات المتجددة في النوع والمعدودات التي تتقارب آحادها في الحجم كالبيض وغيره مما يباع عرفاً بالعدد، نظراً للتساوي في القيمة، وجميع عروض التجارة المتحدة في الجنس.

والمال القيمي هو: ما تفاوتت آحاده تفاوتاً يعتد به في المعاملات، أو لم تكن آحاده متفاوته، ولكن لا يوجد له نظير في السوق أصلاً. فمثال ما تفاوتت آحاده الماشية والبيوت والأراضي والأحجار الكريمة، ومثال ما ليس له نظير في السوق التحف النادرة والآثار القديمة [3].

---

(١) البدائع: ٧/٢١.

(٢) البحر الرائق: ٦/١٢.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥/١٦١.

أنواع المثليات:

١ - المكيلات أي الأموال التي تقدر بالكيل مثل القمح والذرة.

٢ - الموزونات: أي الأموال التي تقدر بالوزن كالعسل والجبن والذهب.

٣ - المعدودات: أي الأموال التي تقدر بالعد كالعدديات المتقاربة التي لا يوجد بين أفرادها تفاوت كبير كالبرتقال والليمون -عند تقارب الحجم وانعدام التفاوت الكبير بين آحادها، ومثالها المنتجات المصنعة من مادة واحدة وبمواصفات متحدة، كآنية الطعام وأدوات المائدة من ملاعق وشوك وسكاكين وقطع نقود وسيارات[1].

٤ - وقد زاد الحنفية رابعاً: وهو: المذروعات أي الأشياء التي تقاس بالذراع ونحوه. هذا إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به[2].

كالأقمشة، والسجاد، والخشب. أما إذا كانت أجزاؤها غير متساوية ومتفاوتة كالقماش غير المتماثل الأجزاء، فكل قطعة من القماش تعد قيمية لا مثلية والمرجع في اعتبار الشيء مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً هل هو النص أو العرف؟ فيرى الحنفية: أن ما ورد النص بأنه مكيل فكيلي أبداً، أو موزون فوزني أبداً اتباعاً للنص. ويرى

(١) قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٥٨، شرح منح الجليل للشيخ عليش:٣/٥١٤.

(٢) حاشية ابن عابدين:٥/١٦١.

أبويوسف: أنه يعتبر فيه العرف أيضاً، لأن النص ورد على عادتهم فتعتبر العادة. وما لا نص فيه يعتبر فيه العرف لأنه من الأدلة الشرعية، فما تعارفه الناس في عصر من العصور على اعتباره مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً كان كذلك[1].

وعلى ذلك فالمال يعد مثلياً إذا تحقق فيه ماياتي:

(أ) عدم تفاوت أجزائه بأن كان مكيلاً أو موزوناً -تفاوتاً يعتد به في الأسواق.

(ب) عدم تفاوت آحاده -إذا كان معدوداً- تفاوتاً يعتد به في الأسواق.

(جـ) توافر نوع المال (المثلي) في السوق.

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

(١): الضمان: إذا تعدى شخص على مال الآخر فأتلفه كان عليه ضمانه، فإذا كان المال المتلف مثلياً ضمن بمثله، وإذا كان قيمياً ضمن بقيمته، فلو أتلف شخص لآخر كمية معلومة من الأرز مثلا وجب أن يحضر له مثلها، ومن قتل بقرة لغيره وجب عليه قيمتها. والعلة واضحة فالضمان يجب أن يكون بالمثل، والمماثلة تعني المماثلة الكاملة في الصورة والمعنى، ولما كان ذلك ممكناً في المال المثلي وجب اللجوء إليه، وإذا نظرنا إلى المال القيمي نجد أن المماثلة الكاملة متعذر، ولذا اكتفى بالمماثلة في المعنى وهي دفع قيمة الشيء التالف.

---

(١) نظرية الحق في الفقه الإسلامي: أ.د. حسن الشاذلي: ص٤٥.

ويلزم التنويه إلى أن المثل إذا انعدم حساً أو شرعاً بأن لم يوجد في الأسواق، أو منع من الوصول إليه مانع، فعندئذ يصار إلى القيمة اضطرار لأنها أحد البدلين، ولأن التعويض بالمثل متعذر -المماثلة الكاملة- فيتحول إلى المثل معنى وهو القيمة لأنه ممكن. قال تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلا وُسْعَهَا﴾[1].

(٢): البيع: فالمثلي يكون مبيعاً ويكون ثمناً، لأن الثمن لابد أن يكون مما يصلح ثبوته ديناً في الذمة، والمثليات تصلح أن تكون ديناً في الذمة.

أما القيمي فإنه لا يصلح أن يكون ديناً في الذمة ولذا فإنه لا يصلح أن يكون ثمناً مع أنه يصلح أن يكون مبيعاً، فلو باع إنسان بيته في نظير بيت آخر فكل منها يكون مبيعاً[2].

(٣): المال المختلط: إذا اختلط مال شخص بمال الغير، فإذا كان مثلياً جاز لهذا الشريك أن يأخذ ماله حتى ولو كان الآخر غائباً ولا يلزم الحصول على إذنه، أما إذا كان قيمياً وتعذر تميزه عن مال الآخر فإنه لا يجوز لأي من الشريكين أن يأخذ حصته إلا بإفرازه وقسمته، ومعلوم أن القسمة تتوقف على الرضا أو قضاء القاضي.

(٤): المال القيمي لا يعد مالاً ربوياً إذا بيع بعضه ببعض، ولذا

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٦. تكملة فتح القدير:٣٦٣/٧. شرح منح الجليل:٥١٤/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي:٣٧١. كشاف القناع:٨٩/٤.

(٢) أ.د. محمد الحسيني حنفي، المرجع السابق، ص٣٢٠.

فإنه لا يخضع شرعاً لقاعدة ربا الفضل التي تستلزم تساوي بينهما، إذا كانا من جنس واحد، أما المال المثلي فهو الذي يخضع لهذه القاعدة.

** **

المبحث الرابع
في المال الاستهلاكي والمال الاستعمالي

المال الاستهلاكي: هو ما يستهلك عند الانتفاع به سواء كان استهلاكه حقيقياً باستهلاك عينه كالمأكولات والمشروبات ومواد الوقود، أو استهلاكاً حكمياً كالنقود، فخروج النقود من يد صاحبها استهلاك لها سواء استخدمها في سداد ديونه أو في شراء بعض لوازمه[1].

والمال الاستعمالي: هو ما ينتفع به مع بقاء عينه، أي أنه يمكن الانتفاع به مرات ومرات كالماشية والثياب والأثاث والعقارات من أبنية وأرض زراعية فهذه الأشياء وما يشابهها لا تفنى بالاستخدام مرة واحدة أو مرات، وعلى ذلك فالفرق بين النوعين: هو فناء الشيء عند استخدامه مرة واحدة أولا. لأن جميع الأشياء تفنى وتستهلك بالاستعمال بمرور الزمن.

هذا ، وقد قسم القانون أيضاً الأشياء إلى: أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك. وعرف النوع الأول بأنه: الأشياء التي

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا، المرجع السابق ، ص ١٤٣، ١٤٤ ، د.بدران أبوالعينين بدران، الشريعة الإسلامية ،ص٨٨.

ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو انفاقها. وقد بين أن هذا النوع إما أن يكون استهلاكاً حقيقياً ويكون ذلك بالقضاء على مادة الشيء أو بتغير صورته.

كالانتفاع بالطعام وذلك بالقضاء على مادته وكالانتفاع بالأقمشة وذلك ببقاء مادتها مع تغيير صورتها.

وإما أن يكون استهلاكاً حكمياً بخروج الشيء من ذمة صاحبه إلى ذمة غيره مع بقاء مادته وصورته كالانتفاع بالنقود، فهي تخرج بالتعامل من ذمة صاحبها إلى ذمة شخص آخر مع بقاء جوهرها مادة وصورة.

وأما الأشياء غير القابلة للاستهلاك: فهي الأشياء التي تقبل الانتفاع المتكرر أي التي ينتفع بها مع بقاء جوهرها. فالتفرقة إذاً بين النوعين ترتكز على طبيعة الشيء من حيث قابليته للاستهلاك بمجرد الاستعمال أم لا[1].

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

١- من حيث قابلية هذين النوعين لبعض الحقوق والعقود وعدم قابليتهما في الفقه الإسلامي، فالمال الاستهلاكي لا يقبل أن ترد عليه العقود التي يكون محلها تمليك منفعة دون العين كالإجارة[2]

---

(١) أ.د. عبدالمجيد مطلوب، المرجع السابق ، ص٢٨٨.

(٢) تمليك منفعة الشيء بعوض.

والإعارة[1].

أما المال الاستعمالي: فهو الذي لا يقبل أن ترد عليه العقود التي يكون محلها الاستهلاك فقط دون الاستعمال كالقرض.

فعقد الإجارة إذا كان الغرض منه استيفاء العين لا يصح، فلا يجوز استئجار الحيوان للحصول على لبنه، أو الشجر للحصول على ثمره، وعدم الصحة ناشيء من ورود الإجارة على استهلاك العين لأن هذا معناه بيع الأعيان المعدومة وهو غير جائز في الفقه الإسلامي إلا على سبيل الاستثناء لجريان العرف بذلك، ووجود الضرورة والحاجة الملحة لإباحة بعض أنواع الإجارة كاستئجار الظئر والظئر هي: المرأة المرضع- ودخول الحمامات للاستحمام مقابل أجرة. فعقد الإجارة في هاتين الحالتين محل استهلاك العين، وهي اللبن والماء الساخن[2]، وإذا نظرنا إلى الإعارة نجد أن موضوعها لا يكون مالاً استهلاكياً فإذا وردت الإعارة عليه كانت قرضاً لا إعارة. مثال ذلك: إعارة الأطعمة والمشروبات وما شابه ذلك من الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، لأن موضوع الإعارة هو تمليك المنفعة، وهذه الأشياء لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك جوهرها. ومن المعلوم أنه من لوازم الإعارة الانتفاع بالعين وردها فإذا عجز عن ردها لأي سبب من

(١) تمليك منفعة الشيء بغير عوض ويشترط في الشيء المستأجر أو المستعار أن يكون مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه.

(٢) نهاية المحتاج ٢٦٦/٥، ٢٦٧. شرح الخرشي ١٣/٧. كشاف القناع ٤٥٧/٣ ومابعدها. الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٦٦، والأستاذ مصطفى الزرقا -المرجع السابق ص١٤٥.

الأسباب كهلاكها وجب عليه أن يرد مثلها مقامها.

٢- أن العقود التي تهدف إلى استهلاك المال دون استعماله يكون محلها مال استهلاكي كالقرض، لأن المقترض يهدف إلى سد حاجة أولاً، ثم يرد مثل المال للمقترض إلى المقرض في الميعاد المتفق عليه. فإذا كان محل القرض مال استعمالي فإن العقد لا يكون قرضاً وإنما هو عارية حتى وإن سمي بغير ذلك بأن أطلق عليه لفظ القرض أو ما شابه ذلك[1].

** **

المبحث الخامس
في المال الخاص والمال العام

ينقسم المال بالنظر إلى مالكه إلى مال خاص وإلى مال عام.

أ - فالمال الخاص: هو ما دخل في الملك الفردي سواء كان مالكه واحد أو أكثر من واحد أي أنه ليس ملكاً شائعاً بين عامة الناس ولا مباحاً لهم، فجميع الناس ممنوعون من الاستيلاء عليه أو الانتفاع به إلا إذا أذن المالك لأحد منهم في أخذه أو في الانتفاع به، لأن مالكه فقط هو الذي له حق الانتفاع به واستغلاله والتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات من بيع وهبة وإجارة وإعارة.. إلخ. هذا وقد وردت

(١) تكملة فتح القدير ١٠٨/٧. المدونة الكبرى لمالك ١٦٩/١٥ . كشاف القناع ٥١/٤.

النصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي تدعو المسلمين إلى حماية المال المملوك للأفراد -المال الخاص- وتنهى عن التعدي عليه أو أكله بالباطل، قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ فالخطاب موجه إلى جميع المؤمنين بألا يأكل بعضهم أموال بعض بالباطل والباطل هو كل طريق لم تبحه الشريعة كالسرقة والخيانة والغصب والربا والقمار وما شاكل ذلك [1]، وقال عليه السلام: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» رواه مسلم وابن ماجه والترمذي. وقال عليه السلام أيضاً: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» [2].

ب - المال العام: هو ما لم يكن داخلا في ملك الأفراد، وإنما هو مملوك لعامة الناس، فللجميع الحق في الانتفاع به، كالبحار والأنهار والطرق العامة والمستشفيات والمدارس الحكومية وجميع المصالح العامة.

والمال العام ينقسم إلى قسمين: الأول: ما أبيح حيازة عينه وإحرازها وتملكها، والثاني: ما أبيح الانتفاع به دون تملك رقبته: فالأول ما أجيز حيازته وتملكه -وهو ما كانت حاجة الناس جميعاً متعلقة بنوعه لا بعينه كالأرض الموات: وهي الأرض المهجورة البعيدة عن العمران والتي لا يملكها أحد من الناس ولم يتعلق بها حق أحد منهم ولا ينتفع بها، إما لعدم وصول الماء إليها وإما لغلبته عليها وأما لسوء تربتها لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصا أو لغير ذلك من

(١) صفوة التفاسير ٢/٢٧١.

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٥/٧٢.

الأسباب التي حالت دون الانتفاع بها"[1].

وإحياء هذه الأرض يكون بجعلها صالحة للزراعة، أو بالبناء عليها ونحو ذلك. وهذا النوع يشتمل أيضاً على الطير في الهواء والسمك في الترع والأنهار والبحار، فمن استولى على شيء من هذه أو تلك بصيد أو نحوه كان مالكاً له.

وأما الثاني -ما أبيح الانتفاع به دون تملكه- وهو ما كانت حاجة الناس جميعاً متعلقة بعينه فهذا النوع من المال العام لا يجوز لأحد أن يستأثر به لأنه ملك لجميع العامة، وإباحة تملكه لفرد أو لأفراد معينين يؤدي إلى إلحاق الضرر بجميع الناس كما يترتب عليه تعطيل لمصالحهم ومن المعلوم أن الشارع قد نهى عن ذلك. فقال عليه السلام «لا ضرر ولا ضرار».

وهذا القسم يشتمل على ما يأتي:

(١) الماء والكلأ والنار: قال عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ ، والنار» رواه أبو داود في سننه.

والمراد بالماء: ماء البحار والأنهار والمطر النازل من السماء والعيون والآبار الغير مملوكة لأحد من الناس، فجميع الناس لهم حق الانتفاع بجميع هذه الأنواع من المياه بكل وجه من أوجه الانتفاع : في شرب الإنسان والدواب والأرض ونحو ذلك.

---

(١) مختصر أعمال المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، ص٣٤.

وأما الكلأ : فهو العشب النابت بأرض غير مملوكة لأحد أو مملوكة لشخص ما ولكنها متروكة إما لعدم احتياجه إليها أو لأنها غير صالحة للزراعة، وهذا العشب نبت بنفسه دون تدخل أحد من الناس. وعلى ذلك فهذا العشب ليس مملوكاً لأحد وإنما هو مباح لجميع الناس وشركاء فيه، فلكل واحد منهم أن يرعى ماشيته فيه.

وأما النار : للجميع أن ينتفع بضوئها وأن يدفع البرد بالتماس الدفء منها، ولكن لا يجوز لأحد أن يأخذ مصدر هذه النار سواء كانت خشباً أو فحماً أو دفاية لأنها ملك لمن يحوزها. فالشركة المقررة في الحديث لا تتعدى إلى هذا. ومن الأمثلة الواضحة في عصرنا: جريان العادة بأن يخصص كل صاحب بيت أو متجر مصباحاً كهربائياً أمام منزله أو متجره فلكل واحد من الناس أن ينتفع بضوء المصباح دون أن يكون له الحق في أخذ هذا المصباح لأنه مملوك لغيره.

٢- الركاز: وهو الفلزات الكائنة في باطن الأرض كالذهب والحديد والنحاس والفضة والبترول مما هو معروف الآن بالمعادن. ولقد اختلف الفقهاء في ملكية هذه المعادن: فالمالكية يرون أنها ملك لجميع المسلمين حتى ولو كانت في أرض مملوكة لأحد من الناس. وأما الحنفية: فيفرقون بين المعادن الموجودة في أرض مملوكة لأحد وبين المعادن الموجودة في أرض غير مملوكة لأحد فإذا وجدت المعادن في أرض مملوكة لشخص من الأشخاص فإنها تكون مملوكة له لأنها جزء من أرضه.

أما إذا وجدت في أرض مملوكة للحكومة فإنها تكون مملوكة لها، وأما إذا كانت الأرض موقوفة فإن المعادن تكون موقوفة أيضاً تبعاً لها تصرف في مصالحها لا للمستحقين فيها لأنها ليست بغلة، ولكن إذا وجدت في أرض مباحة غير مملوكة لأحد كانت أموالاً مباحة تبعاً لها وتكون ملكاً لمن اكتشفها[1].

٣- الشوارع والطرقات والحدائق العامة: يجوز لجميع المسلمين الانتفاع بها وتملكها، لأنها متعلقة بمصلحة المسلمين العامة، ومن يخالف هذه الأحكام يعتبر متعدياً على مال مملوك لجميع المسلمين. والعرف جرى على جواز جلوس الباعة الجائلين في الطرقات أو الشوارع لترويج بضائعهم بشرط ألا يزعجوا أحداً أو يتسببوا في إلحاق ضرر بأحد .

٤- المنشآت المخصصة للخدمات التعليمية والصحية والدينية كالمدارس والجامعات والمستشفيات والمساجد وجميع المصالح والهيئات والمؤسسات العاملة في مجالات الخدمة العامة لجميع المسلمين، ويشمل هذا النوع أيضاً أموال بيت المال -الخزانة العامة- فهذه الأموال مخصصة للصرف على مصالح المسلمين وفقاً للأوليات المقررة وفي حدود إمكانيات بيت المال[2]. فجميع المسلمين شركاء في كل هذه المؤسسات لا يجوز لأحد أن يستأثر في الانتفاع بأي مؤسسة من هذه المؤسسات سواء كانت تعليمية أو غيرها.

(١) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، ص٣٢.
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، ص٦٠.

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

١- من حيث القابلية للتداول وجواز التصرف: المال الخاص بتداول من يد إلى يد ومن فرد إلى فرد، ولصاحبه أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة والإجارة وجميع التصرفات الأخرى، وأما المال العام فلا يتداول ولا يجوز التصرف فيه من الأفراد ، لأن التصرف في المال لا يكون إلا من المالك أو من ينيبه، وهذا المال ليس محلا للملكية الفردية، وإنما هو مخصص للمنفعة العامة وملكيته مشتركة بين جميع الناس[1].

فالتصرف -إذاً- في المال العام لا يكون إلا من الإمام أو نائبه وفقاً للمصلحة العامة .

٢- المال الخاص: يجوز لمالكه أن يهبه للغير وأن يبرئ مدينه وأن يتبرع به كيفما شاء، وأما المال العام فلا يجوز للإمام أو نائبه أن يبرئ أحداً ولا أن يتنازل عنه لأحد، ولا أن يتسامح فيه أو يصالح عنه لأنه ليس مملوكاً له كما ذكرنا[2].

٣ - فيما يتعلق بالتقادم: فحيازة المال مدة معينة من الزمن يترتب عليه نقل الملكية لمن حازه، فللحيازة أثر مباشر على سماع الدعوى، واختلف الفقهاء في مدة الحيازة التي لا تسمع بعدها الدعوى، فهي عند الحنفية خمس عشرة سنة (مادة١٦٦٠ من مجلة الأحكام العدلية)

(١) كشاف القناع:٣/١٢٥ قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي، ص٢٧١.

(٢) د. محمود مهران، المرجع السابق، ص٢٩٠ ومابعدها . الأستاذ مصطفى الزرقا ٢٢٩.

وعند المالكيـة تتراوح المدة عندهم بين ستين وأربعين سنة أو أكـثر تبـعاً لأختلاف نوع المال والصلة التي تربط بين الحائز والمدعي[1].

وأما المال العام فلا تؤثر فيه الحيازة على سماع الدعوى مهما طالت مدتها ولا تنتقل ملكيته إلى الحائز أبداً، وللإمام أو نائبه أو أي شخص من الأشخاص أن يرفع الدعوى أمام القضاء ليطالبه برد هذا المال لأنه ملك لجميع الناس وهذه الدعوى تكون مسموعة حتى لو مضى على هذه الحيازة مدة طويلة من الزمن[2] مادة ١٦٧٥ من مجلة الأحكام العدلية.

** **

المبحث السادس

المال النامي وغير النامي

ينقسم المال بالنظر إلى كونه معد للاستثمار إلى: مال نامي وغير نامي. فالمال النامي هو: المال المعد للاستثمار والاستنماء حقيقة أو حكماً. طبيعة أو بفعل الإنسان وإرادته. فالذهب والفضة من الأمثلة الواضحة لهذا النوع لأنهما أعدا للتجارة بطبيعتهما وأصل خلقتهما وجريان العرف على أنها ثمن لجميع الأشياء. فهما إذن موضوعان للتنمية ولا ينتفع بأعيانهما في غير هذا غالباً. وأما عروض التجارة:

(١) المدونة الكبرى:٣/١٩١.

(٢) حاشية العدوي :٧/٢٤٢.

فهي معدة للاستثمار بفعل الإنسان وإرادته، ويمكن الانتفاع بأعيانها ويجوز الاتجار فيها، والانتفاع بهذه الأشياء قد يكون باستهلاكها كما في الأطعمة والأشربة، وقد يكون مع بقاء جوهرها وعينها كالحيوانات والبيوت والملابس.

وأما المال غير النامي، فهو المال غير المعدّ للاستنماء والاستثمار حقيقة أو حكماً. وهذا النوع يشمل جميع احتياجات الإنسان من مأكل وملبس ومسكن ومشرب.. وغير ذلك، سواء أكان من الأثمان أو عروض التجارة .

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

الزكاة: تجب في المال النامي وفقاً لرأي جمهور الفقهاء استناداً لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي -صلى الله عليه وسلم- خطب الناس، فقال: ألا من ولم يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه تأكله الصدقة. وإلى قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ﴾ أي ويسألونك ماذا ينفقون وماذا يتركون من أموالهم؟ قل لهم: انفقوا الفاضل عن الحاجة ولا تنفقوا ما تحتاجون إليه وتضيعوا أنفسكم[1]. وعلى ذلك فالعفو هو الفضل أي أن يكون الانفاق من الزائد على الأصل، والزائد لا يكون إلا ربحاً، والربح لا يكون إلا بالاستثمار والنماء، لذلك اعتبر الفقهاء كون المال نامياً شرطاً من

(١) صفوة التفاسير: ١/١١٦.

شروط الزكاة [1]. حتى لا تأكل الزكاة أموال المسلمين وأما المال غير النامي فلا يوجبون فيه الزكاة، وقد خالف في هذا الظاهرية. هذا وقد قسم علماء الاقتصاد الأموال إلى مال استهلاكي ومال انتاجي. فالمال الاستهلاكي هو المعد لاشباع الحاجات مثل المواد الغذائية ومواد الوقود ومن هذه الأشياء ما ينتفع به لذاته كالأغذية، ومنها ما ينتفع به من بقاء عينه كالدواب والمنازل.

وأما المال الانتاجي فهو الذي يستخدم في إنتاج أموال جديدة كالأرض الزراعية والآلات. ومن الأموال ما يعد كمال انتاجي ومال استهلاكي كالوقود حيث يستخدم في تشغيل الآلات والمصانع، كما يستخدم في منفعة الإنسان في التدفئة والإنارة. وهذا التقسيم يشبه تقسيم المال إلى نام وغير نام.

** **

(١) بدائع الصنائع للكاساني:٢/ ١١٠. المغني :١/ ٤٨٠. الشرح الصغير١/ ١٩١. الروض النضير:٢/ ٥٦٨.

المبحث السابع

في الدين والعين

فالدين هو: مال حكمي يثبت في الذمة بسبب من الأسباب التي رتب الشرع عليها ثبوته فيها. فالدين لا يعتبر مالاً حقيقاً لأن أهم خاصية في المال غير متوافرة فيه، وهي: وجوده وجوداً حسياً أي وجوداً حقيقياً، لأنه موجود تقديراً وحكماً في ذمة الشخص المدين، فإذا قام المدين بوفاء هذا الدين فإنه يصبح في هذه الحالة مالاً حقيقياً لا حكمياً.

وأما العين فهي: الذات المعينة الموجودة خارج الذمة والتي ترى بالحواس ويتعلق بها الحق المالي. وقد عرفت العين مجلة الأحكام العدلية بقولها: «العين الشيء المعين المشخص كبيت وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين فكلها من الأعيان» مادة ١٥٩ من المجلة» فالعين التي يتعلق بها الحق المالي يجب أن تكون ذاتاً معنية أي أنها موجودة وجوداً حقيقياً حسياً مرئياً، يمكن استيفاء الحق منه مباشرة.

هذا ويختلف الدين عن العين عند الوفاء فالدين يمكن الوفاء به بأحد المثلين، فله أن يعطيه المبلغ المدين به من الجنيهات الموجودة في جيبه أو من الجنيهات الموجودة بحافظته.

أما إذا تعلق الحق بذات معينة فإن المدين لا يكون مخيراً بين

الأمثال، لأن الحق متعلق بالعين لا بمثلها ولا بقيمتها.

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

١ - ورود الأجل على الأموال: العين لا يجوز تأجيلها، وأما الدين فيجوز تأجيله، فإذا اشترى إنسان بضاعة ما بألف جنيه، فإن هذا المبلغ -الألف جنيه- يثبت في ذمة المشتري، ويجوز تأجيل أدائه مدة معينة متفق عليها كسنة مثلاً. والأجل في هذه الحالة يكون لازماً والثمن حينئذ يكون ديناً في ذمته. أما البضاعة المبيعة فإنها لا تثبت في ذمة البائع لأنها معينة ومحددة بذاتها، والحق متعلق بها مباشرة. ولذا فإن البائع إذا أراد أن يؤجل تسليمها إلى المشتري مدة من الزمن لم يجز هذا التأجيل، لأن الأجل خاصية من خصائص الدين فقط.

٢ - الدين تجري به المقاصة ويجوز فيه الإبراء، أما الالتزام بالعين- وهو ما يتصل بها مباشرة - كالحق العيني لا يتصور فيه مقاصة أو إبراء.

٣ - التخيير في تسليم المعقود عليه، فإذا كان المعقود عليه ديناً فإن باستطاعة المدين أن يوفي دينه بأي نوع من جنسه، أما إذا كان المعقود عليه عيناً فإنه لا يستطيع الوفاء إلا به فإذا اشترى إنسان ما سيارة معينة بخمسين ألفاً من الجنيهات مثلاً، فإن البائع لا يستطيع تقديم سيارة أخرى للمشتري لأن حقه تعلق بنفس السيارة المتفق عليها والمعقود عليها العقد. فالبائع إذا غير مخير

في تسليم المعقود عليه.

وأما المشتري فيستطيع الوفاء بالثمن المتفق عليه بالنقود التي في منزله أو بالتي في حافظته، لأن النقود من المثليات وهي لا تختلف في قيمتها.

٤ - أن الالتزام بالدين والوفاء به يحتاج إلى وساطة المدين، أما الالتزام بالعين فلا يحتاج إلى وساطة المدين لأنه ينصب على العين محل العقد نفسها، ويترتب على ذلك أن الدين تتبعه المطالبة، ووساطة المدين تسلتزم مطالبته بهذا الدين، وأما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة، لأن الحق متعلق بالعين مباشرة.

٥ - الديون يجري فيها الربا، وأما الأعيان فلا يجري فيها الربا إلا إذا كانت من الأصناف الربوية وهي التي نص عليها في أحاديث كثيرة عن رسولنا الكريم عليه الصلاة والسلام منها ما روى عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً[1] بمثل. والملح بالملح مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد». رواه مسلم .

---

(١) البر: هو القمح.

فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع[1].

٦ - إذا استحق الشيء محل العقد أو مات أو هلك فإن العقد يكون مفسوخاً، أما الدين فلا ينفسخ لأنه ثابت في الذمة. فإذا اشترى شخصاً شيئاً معيناً واستحق-أي اتضح أنه ليس ملكاً للبائع- أو هلك انفسخ العقد[2]. أما إذا تعاقد شخص مع آخر على نقل بضاعة إلى مكان معين دون أن يعين الدابة أو السيارة تنقلها واستحقت وسيلة النقل المذكورة التي عينها أو ماتت أو هلكت، فإن العقد لا ينفسخ في هذه الحالة، لأن المعقود عليه غير معين بل ثابت في الذمة.

وعلى المدين أن يوفي بأي وسيلة يختارها. أما لو كانت الدابة أو السيارة معينة ثم استحقت أو ماتت أو هلكت فإن العقد يكون منفسخاً[3].

ما يتعلق بالذمة من الأموال وما لا يتعلق:

لقد ذكر الفقهاء ضابطاً لهذا التعليق، وهو: أن الأموال التي تتعلق بالذمة هي التي تصلح أن تكون ثمناً للسلعة أو البضاعة المبيعة،

---

(١) انظر: المغني: ٤/١٢٤.

(٢) انظر: المغني: ٤/١٢٥ ومابعدها.

(٣) أ.د.الشاذلي الاقتصاد في الفقه الإسلامي،ص٧٧ ومابعدها. انظر: البدائع٧/٣١٣٥، الكافي، ص٦٦٠، روضة الطالبين ٣/ ٤٥٠ وما بعدها. المغني ٣/١١٦.

والأموال التي تصلح أن تكون ثمناً ما يأتي:

أ - النقدان أي الذهب والفضة، يكونان ثمناً دائماً وأبداً، ولذا فهما يتعلقان بالذمة.

ب - المثليات -غير النقود- وهي الكيل والموزون والمعدود المتقارب، وهذا النوع يجوز أن يكون ثمناً ويجوز أن يكون مبيعاً، أي أنها تصلح أن تكون ديناً، وتصلح أن تكون عيناً ، أي أن هذا النوع يقبل التعلق بالذمة أحياناً.

ج - القيميات كالحيوانات والملابس، وهذا النوع لا يكون ثمناً ولا يتعلق بالذمة، وإنما يكون مبيعاً دائماً[1].

** **

(١) د.حسن الشاذلي - المرجع السابق، ٧٩.

الفصل الثالث

في الملكية

الملكية نسبة إلى الملك. والملك لغة: احتواء شيء والقدرة على الاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه[1].

وأما تعريفه اصطلاحاً: فقد عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة منها: عرفه بن نجيم بأنه: «الاختصاص الحاجز»[2]. وعرفه الكمال بن الهمام بأنه: «القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع»[3] وعرفه الشيخ على الخفيف بأنه: «اختصاص يمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي». وعرفه الإمام القرافي بأنه: «حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك وأخذ العوض عنه من هو حيث هو كذلك»[4] وعرفه ابن يتيمية بأنه: «القدرة الشرعية على التصرف بمنزلة القدرة الحسية».

يستخلص من هذه التعريفات أن للملك عنصران رئيسيان: الاختصاص بالشيء وحيازته والقدرة على التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات، وعلى ذلك نستطيع أن نعرفه بالآتي:

---

(١) القاموس المحيط: ج٣ باب الكاف فصل الميم.

(٢) البحر الرائق: ٥/٧.

(٣) فتح القدير: ٥/٧٤.

(٤) مختصر الأحكام للشيخ علي الخفيف رقم ٥

حيازة المال بطريق شرعي، تمكن الحائز له من التصرف فيه، والانتفاع به عند عدم المانع الشرعي، والطرق الشرعية التي يترتب عليها ملكية المال ستتحدث عنها فيما يأتي. والتصرف في المال يكون بالبيع والهبة ونحوه. وأما الانتفاع فقد يكون بنفسه وقد يكون بواسطة المستأجر. أو المستعير أو غيرهما، وأما الوكيل والوالي والوصي وناظر الوقف فلا يكونوا مالكون للشيء محل التصرف، لأنهم لايستقلون بالتصرف والانتفاع ويختلف الحال بالنسبة للصغير والمجنون والسفيه، لأنهم مالكين للمال المتصرف فيه ولكنهم لا يستقلون بالتصرف فيه لمانع الصغر أو الجنون أو السفه، فإذا زال هذا المانع استردوا كامل حريتهم في التصرف والانتفاع.[1]

أنواع المال بالنسبة للملكية:

المال يكون قابلاً للتملك بطبيعته أصلاً، غير أنه قد لا يكون قابلاً للتملك في بعض الأحيان لوجود سبب ما -لذلك فهو يتنوع إلى ثلاثة أنواع هي[2]:

النوع الأول: ما لا يجوز تمليكه ولا تملكه بأي حال من الأحوال ومثاله: المال المخصص للمنافع العامة كالأراضي والمنشآت العامة والطرق ووسائل النقل العامة، والمتاحف والحدائق العامة، والجامعات والمدارس الحكومية ونحوها فهذه جميعها من الأموال

(١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ، ص٢١٨.

(٢) أ.د. الحسيني الحنفي: المدخل:٢/٣٢١.

العامة، التي لايجوز لشخص أن يمتلكها. ولكن إذا زالت عنها تلك الصفة -أي تخصيصها للمنافع العامة- وعادت إلى حالتها الأصلية وهي قابليتها للتمليك والتملك. كما إذا حول النهر العظيم من مجراه إلى مجرى آخر، فالأرض التي كان يتخدها مجرى له أصبحت غير مخصصة للمنفعة العامة، وهي في هذه الحالة تكون قابلة للتملك بعد أن كانت غير قابلة له[1].

النوع الثاني: ما لا يجوز تمليكه ولا تملكه إلا بمسوغ شرعي كالأراضي الموقوفة زراعية كانت أم للبناء والأملاك التابعة لبيت المال - وزارة المالية- الآن، والتي لم تخصص للمنفعة العامة.

فالأراضي الموقوفة لا تجوز أن يتملك منها شيء إلا إذا أصدرت المحكمة حكماً بحل الوقف أو استبدال شيء منه والمحكمة لا تصدر هذا الحكم إلا إذا انهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من ريعه أو لأي سبب آخر يقتضي هذا الحكم.

وأما أملاك بيت المال فإنه لا يجوز التصرف فيها بالبيع إلا لضرورة أو مصلحة راجحة تستدعي ذلك.

النوع الثالث: ما يجوز تمليكه وتملكه في كل الأموال، وهو ماعدا النوعين السابقين مما يملكه الأفراد والجماعات. بشرط أن يكون متقوماً[2] وعلى ذلك فالأشياء التي لا تقوم والتي لا منفعة فيها مثل الذباب

---

(١) الأستاذ عيسوي-المرجع السابق- ٣٦٢.

(٢) مجمع الأنهر: ١٠٨/٢.

والبعوض والحشرات لا تملك ولكن ذهب بعض الحنفية إلى أن هذه الحشرات إذا أمكن الانتفاع بها يجوز أن تكون محلاً للتملك، فشركات الأدوية تستخرج الأمصال من هذه الحشرات لمقاومة الأمراض المختلفة.[1]

أنواع الملك : الأصل في الملك أنه يقع على الرقبة والمنفعة معاً، وهذا هو الملك التام، والرقبة هي ذات الشيء. وكلمة الملك إذا أطلقت تنصرف إلى الملك التام. هذا وإذا وقع الملك على أحدهما فقط -الرقبة أو المنفعة- كان ملكاً ناقصاً.

وعلى ذلك فالملك بالنظر إلى الشيء المملوك يتنوع إلى نوعين: ملكية تامة وملكية ناقصة، وبالنظر إلى صورتها وتعلقها بالشيء المملوك تنوع إلى نوعين أيضاً: ملكية مميزة وملكية غير متميزة وبالنظر إلى صفة المالك تتنوع إلى نوعين: ملكية عامة وملكية خاصة. هذا، وقد سبق الحديث عن الملكية العامة والخاصة، وأما الأنواع الأخرى فستحدث عنها في مبحثين متتاليين: نخصص الأول: للملكية التامة والناقصة. والثاني للملكية المتميزة والملكية غير المتميزة.

** **

(١) أ.د الحسيني الحنفي:ص٣٢٣.

المبحث الأول

الملكية التامة والملكية الناقصة

فالملكية التامة: هي ما ثبتت في رقبة الشيء ومنفعتها معاً، أي أن مالك العين ومنفعتها شخص واحد، كمن يملك سيارة ويقوم باستخدامها بنفسه أو أرضاً زراعية يتولى زراعتها بنفسه.

خصائص الملك التام:

١- للمالك أن يتصرف في العين ومنافعها بجميع أنواع التصرفات المشروعة سواء كانت بيعاً أو إجارة أو هبة أو وصية أو غيرها من التصرفات الجائزة شرعاً والتي لا ينتج عنها ضرر بالغير.

٢- للمالك أن ينتفع بالعين المملوكة له بجميع أوجه الانتفاع ما لم يكن هذا الانتفاع محرماً كأن يستخدم منزله وكراً للقمار أو للمتعة المحرمة أو لتجارة الخمور.

٣- يظل المالك متمتعاً بهذه السلطات على الشيء المملوك له طالما لم تنتقل هذه الملكية إلى الغير بأي تصرف شرعي أو بالميراث عند موته أو بهلاك هذا الشيء.

٤ - لايجب على المالك الضمان إذا اتلف ما يملكه، وليس معنى هذا ترك المالك يعبث أمواله كيفيما شاء أو يسيء استخدامها، لأن الشريعة تقرر الحجر على الشخص إذا ثبت سفهه ويمنع من التصرف في

أموال في هذه الحالة. ويقوم بأموره المالية من تعينه المحكمة.

٥ - ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، لأن الإسقاط يؤدي إلى أن تصبح العين سائبة ، ولا سائبة في الشريعة الإسلامية[1].

أسباب الملك التام:

أ - الاستيلاء على المال المباح الذي لا مالك له، فمن سبقت يده إلى مال مباح فهو له[2].

ب - العقود التي يترتب عليها نقل الملكية كالبيع والهبة والوصية.

جـ - نقل الملكية بالخلافة وهي أن يخلف إنسان غيره في المال المملوك له، والخلافة تتحقق بالإرث أو الوصية.

د - الشفعة وهي حق تمليك العقار المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبرا عنه بما قام عليه من الثمن والتكاليف[3] هذا هو رأي الجمهور -من المالكية والشافعية والحنابلة- فإنهم يرون أن الشفعة تكون سبباً مستقلاً لثبوت الملك التام. لأن الملك يثبت فيها بطلب الشفيع الشفعة حتى ولو لم يدفع الثمن عند بعضهم، والطلب ليس عقداً ولا استيلاء ولا إرثاً فتكون الشفعة سبباً مستقلاً وذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الشفعة عقد من العقود الناقلة

(١) أ.د.عبدالمجيد مطلوب-المرجع السابق- ص٣١٩.

(٢) الأستاذ محمد سلام مدكور-المرجع السابق- ص٤٨٤.

(٣) الأستاذ عيسوي، المرجع السابق، ص٣٩٢.

للملكية، وليست سبباً قائماً بذاته، وهم يرون أن الملك لا يثبت بمجرد الطلب، بل يثبت بالتراضي بين الشفيع والمشتري وهذا عقد جديد، أو يثبت الملك بقضاء القاضي عند امتناع المشتري إجابة طلب الشفيع، وقضاء القضاء بمثابة عقد يقوم به نيابة عن المشتري الممتنع[1].

وأما أسباب الملكية في القانون المدني الجديد فهي:

١- الاستيلاء على المال المباح ٢- والميراث والوصية ٣-العقد ٤- الحيازة ٥- الشفعة (المواد ٨٧٠ إلى ٩٨٤ منه).

وهذه الأسباب متفقة في جملتها مع الأسباب التي ذكرت في الفقه الإسلامي. ولقد ذكر القانون المدني سببان آخران لكسب الملكية هما: الالتصاق والحيازة. فأما الالتصاق فإن الفقهاء قد تحدثوا عند تناولهم للشفعة. وخيار العيب ولم يتعرضوا له كمسألة مستقلة وسبب من أسباب كسب الملكية.

والالتصاق هو: عبارة عن الأرض التي تتكون من طين النهر تدريجياً بمرور الزمن دون أن يحس بها أحد، أو أن يقيم إنسان منشآت على أرض مملوكه للغير دون رضاه ، فإن لمالك هذه الأرض أن يطلب عدم إزالة المنشآت في مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أي دفع مبلغ يعادل الزيادة في ثمن الأرض.

---

(١) د. موسى عبدالعزيز -المرجع السابق.

وأما الحيازة: وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة من الزمن وقد حدد القانون هذه المدة بخمس عشرة سنة. (من حاز عقاراً دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة) مادة٩٩٨ مدني.

وأما فقهاء الشريعة فإنهم لا يعتدون أيضاً بهذا السبب، ولايجعلونه سبباً من أسباب كسب الملكية مهما طالت مدة هذه الحيازة، كما لا يرتبون سقوط الملكية على ترك المطالبة بالحق مدة طويلة. وهذه المسألة مفصلة في كتب الفقه الإسلامي عند حديثهم عن اللقطة.

وسوف نتحدث عن بعض هذه الأسباب بشيء من الإيجاز فيما يأتي:

أولاً : الاستيلاء على المال المباح:

فالاستيلاء على المال المباح هو حيازة الشيء المباح بوضع يده عليه ويتميز هذا السبب بما يأتي:

١ - أنه منشيء للملكية وموجد لها من العدم. لأن من يشتري سلعة أو عقار أو أي شيء آخر ينتقل إليه ملكيته من الغير البائع، أما إذا استولى على شيء مباح فإنه يكون مملوكاً له وفي الحقيقة هو لم يكن مملوكاً لأحد قبل حيازته له واستيلائه عليه.

٢ - أنه سبب عملي أو فعلي وليس سبباً قولياً، لذا فإنه لا يشترط

فيمن يستولي على هذا المال المباح أهلية الالتزام أو التعاقد، وعلى ذلك فالصبي والمجنون والمعتوه، وما يشبههم لو استولى أحد منهم على مال مباح فإنه يصير مالكاً له.

٣ - أن هذا السبب متعلق بالمال المباح، ومختص به، وعلى ذلك يخرج المال المملوك للغير، لأن حيازته مدة من الزمن لاتؤدي شرعاً إلى الملكية مهما طالت هذه المدة[1].

أنواع المال المباح:

١ - الصيد.

٢ - إحياء الأرض الموات.

٣ - الاستيلاء على المعادن والكنوز.

٤ - الاستيلاء على الكلأ والآجام.

النوع الأول: الصيد:

الصيد في الأصل مصدر أطلق على اسم المفعول، وهو المصيد -والصيد يكون بمعنى الاصطياد، ويطلق على اقتناص الحيوان وأخذه بمهارة، كما يطلق على كل حيوان يمتنع على الإنسان إما لطيره في الفضاء أو لهربه في الغابات والصحراء أو الاعتصام في الجبال

(١) المال المباح: هو الأشياء التي خلقها الله سبحانه وتعالى لينتفع بها جميع الناس كالأسماك والبحار والأنهار.

والهضاب كالغزلان والأرانب، أو لغوصه في الماء كالأسماك في البحار[1]. فكل هذه الأنواع من المال المباح ما لم يحوزها إنسان، فإذا استولى عليها أي شخص ملكها، ولا تدخل في ملك الغير إلا بسبب ناقل للملكية أو بالميراث.

والصيد يكون بالأشياء المعدة للصيد كالأسلحة والشباك أو الحيوانات المدربة على الصيد مثل الجوارح المعلمة من السباع كالفهد والنمر والكلب أو الجوارح المعلمة من الطير كالصقر. قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾[2] أي قل لهم يامحمد أبيح لكم المستلذات وما ليس منها بخبيث، وحرم كل مستقذر كالخنافس والفئران وأشباهها، ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ أي وأحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح وهو الكلاب ونحوها مما يصطاد به[3].

والصيد حلال للإنسان في جميع الأحوال إلا إذا كان محرماً أو كان الطير أو الحيوان أو الحيوان المصيد في الحرم[4]. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾[5] أي لا تقتلوا الصيد وأنتم محرمون بحج أو عمرة. والصيد المحرم في هذه الآية هو الصيد في البر. أما الصيد في البحر فهو حلال محرماً كان الإنسان أو غير

(١) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٢٩.

(٢) سورة المائدة: الآية٤.

(٣) صفوة التفاسير ٣٢٨/٣.

(٤) الحرم هي المنطقة المحيطة بالكعبة الشريفة.

(٥) سورة المائدة: ٩٥.

محرم. عقد بين الله سبحانه وتعالى ذلك في الآية التالية للآية السابقة فقال: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾

إذا انفلت الصيد بعد اصطياده هل يبقى على ملك صائده الأول أم لا؟

يرى الأحناف والشافعية: أن الصيد إذا انفلت من الصيد لم يخرج عن ملكية الصائد، وعلى من يصيده أن يرده إلى صائده الأول، لأنه باستيلائه عليه استيلاءً حقيقاً تثبت له ملكيته ثبوتاً مستقراً فلا يزول عنه هذا الملك بفراره منه، كما لا تزول ملكية البعير مثلاً عن مالكه إذا هرب منه وشرد»[1].

وأما المالكية فيفرقون بين حالتين: استئناس الصيد وعدم استئناسه الأولى: في حالة استئناسه إذا فر الصيد بعدها بقيت ملكيته لصائده، ويجب على من يتمكن من إمساكه أن يرده إليه، إلا إذا عادت إلى الصيد وحشيته وزال استئناسه وهو في هذه الحالة يكون ملكاً لمن يمسكه.

الثانية: في حالة عدم استئناس الصيد أي فرار قبل أن يستأنس، ففي هذه الحالة تزول عنه الملكية ويعود إلى حالته الأولى- مالاً مباحاً- ويكون ملكاً لمن يصيده ويستولي عليه[2].

---

(١) البدائع: ١٩٣/٦.

(٢) منح الجليل في الفقه المالكي: ٥٧٥/١.

وبعد أن انتهينا من التحدث عن الاستيلاء الحقيقي الذي يفيد الملك دون احتياج إلى قصد ويؤدي إلى ثبوت ملك الصيد ثبوتاً مستقراً بحيث لا يخرج عن ملك صائده حتى ولو هرب منه كما ذكرنا.

ننتقل إلى الاستيلاء الحكمي على الصيد وهذا النوع من الاستيلاء يتم بأي فعل يترتب عليه عدم قدرة الطير أو الحيوان على الفرار. بحيث يكون في مكنة الصائد أن يستولي عليه، مثال ذلك: إذا اطلق على الصيد طلقاً نارياً أصابه في رجله أو بأي سلاح آخر يؤدي إلى جرحه وعجزه عن الهرب.

وكذا الذي وضع شبكة أو فخاً أو حفر حفرة سقط فيها المصيد وعجز عن تخليص نفسه. ففي كل هذه الصور يعد الاستيلاء فيها حكمياً.

وهذا النوع يفيد ملكاً غير مستقر ويظل هكذا حتى يوجد الاستيلاء الحقيقي والملك الغير مستقر يعني أن الصيد إذا تمكن من الفرار من المصيدة قبل أن يستولي عليه الصائد استيلاءً حقيقياً، فإنه يعد مالاً مباحاً كما كان ليس مملوكاً لأحد، ويكون ملكاً لمن يصيده ويستولي عليه.

أما إذا تمكن الصائد من المصيد واستولى عليه استيلاءً حقيقياً بعد الاستيلاء الحكمي فإنه يكون مملوكاً له ملكية تامة مستقرة[1].

(١) الأستاذ سلام مدكور: تاريخ التشريع الإسلامي، ومصادره ، ص ٣٠٨

النوع الثاني: إحياء الأرض الموات:

الموات هي الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله عليه السلام: «مَنْ عَمَّرَ أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها» رواه البخاري وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً: من أحيا أرضاً ميتة فله أجر، وما أكلت العوافي -أي طلاب الرزق- منها فهو صدقة» رواه النسائي[1] وسميت مواتاً لأنها تشبه الحيوانات الميتة والتي لا نفع فيها، وهذه التسمية مأخوذة من السنة.

الأرض الموات لا تملك إلا بالإحياء. والإحياء لا يفيد الملك إلا بشروط معينة منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: ألا يكون لهذه الأرض مالك معروف، فإن كان لها مالك معروف لم تكن الأرض مواتاً ولا تملك بالإحياء، حتى ولو كانت مهجورة وخراباً ومهما طالت مدة هجرها لأن الحق لا يسقط بالتقادم في الشريعة الإسلامية هذا وقد اختلف الفقهاء في الأرض الموات المملوكة، ولكن ما لكها مجهول غير معلوم هل هو حي أو ميت؟ وهل يوجد له ورثة أم لا؟ على رأيين:

الرأي الأول: أن هذه الأرض لا تعتبر مواتاً؟ وهي لمالكها توقف عليه أو لورثته أو لبيت المال، فإذا جهل حاله وحال ورثته انتقلت ملكيتها لبيت المال إلى أن يظهر مالكها أو ورثته

(١) الإقناع:٣/٩٥.

فتسلم له أو لهم، ذهب إلى ذلك محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل في رواية عنه.

الرأي الثاني: أن هذه الأرض تعتبر مواتاً ويجوز أن تملك بالإحياء، لأن مالكها غير معروف كما أنه لا ينتفع بها، لذلك فإنها تكون مثل الأرض التي لا مالك لها. ذهب إلى ذلك أبويوسف صاحب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل في رواية أخرى عنه.

والرأي الأول هو الراجح في نظري. ويجوز لبيت المال أن يسلمها لمن يحييها مع تعويض المالك أو ورثته إذا ظهر أحد منهم بقيمتها قبل الإحياء.

الشرط الثاني: أن تكون هذه الأرض بعيدة عن العمران، لأنها لو كانت قريبة من العمران لم تكن مواتاً، حتى ولو لم يكن منتفعاً بها في الحال، لأنه يمكن الانتفاع بها مستقبلاً، فمظنة الانتفاع بها تنزل منزلة المنتفع بها فعلاً. ذهب إلى ذلك أبويوسف وأحمد بن حنبل في قول له، ولم يقل بهذا الشرط الشافعي وأحمد في قول له لأن المعتبر في كون الأرض مواتاً أو غير موات هو الانتفاع الفعلي بها وعدمه ولا تأثير لقرب هذه الأرض من العمران أو بعدها[1] عنه.

الشرط الثالث: ألا يتعلق بهذه الأرض حق لأهل البلدة الكائنة بها، لأنه إذا تعلق بها حق لهم لم تكن الأرض مواتاً ولا تملك بالإحياء.

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٧١.

وقد اختلف الفقهاء في كيفية هذا التعلق، فيرى الشافعية ومحمد بن الحسن أن حقهم لا يتعلق بالأرض الموات إلا إذا كانوا ينتفعون بها بالفعل بأي وجه من أوجه الانتفاع حتى لو استخدموها كمستودع للقمامة، ومرعى للأغنام، وعلى ذلك فليس لقرب هذه الأرض أو بعدها عن العمران دخل في ذلك. فالأرض إذا كانت قريبة من العمران ولا ينتفع بها كانت مواتاً وملكت بالإحياء. وأما إذا كانت بعيدة عن العمران وكانوا ينتفعون بها فإنها لا تكون مواتاً.

ويرى مالك وأحمد بن حنبل وأبويوسف إلى أن حقهم لا يتعلق بها إلا إذا كانت قريبة من العمران سواء انتفعوا بها أم لا.

الشرط الرابع: أن يكون الإحياء بإذن الإمام أو من ينيبه وقد اشترط الإمام أبوحنيفة هذا الشرط مخالفاً بذلك جمهور الفقهاء.

واستدل الجمهور على عدم وجود هذا الشرط بقوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له ولعقبه من بعده، وليس لعرق ظالم حق» علق النبي -صلى الله عليه وسلم- الملك بالإحياء وحده، فدل ذلك على أنه سبب الملك على التمام، وليس وراءه سبب، وعلى الرغم من أن هذا الحديث قد روى بروايات مختلفة إلا أنه لم يرد في أي منها اشتراط إذن الإمام، فعلم أن إذنه ليس شرطاً، ولأن إحياء الأرض طريق من طرق الاستيلاء على المال المباح ولم يقل أحد أن إذن الإمام شرط في واحد منها، فلا وجه إذاً لاشتراطه في خصوص الإحياء. واستدل أبوحنيفة بقوله عليه السلام ليس للمرء إلا ما طابت

به نفسه إمامه» وهذا الحديث بعمومه يدل على أن الإحياء لا يكون سبباً للملك إلا إذا كان الإمام قد أذن فيه، وعلى ذلك : فهذا الحديث يكون مقيداً لإطلاق الحديث الذي استدل به الجمهور.

واستدل أيضاً بأن الأرض الموات قبل أن يشرع أحد في إحيائها يتعلق حق الكافة على العموم في تملكها بالإحياء، وما يثبت للكافة على وجه العموم لا يجوز إثباته على وجه الخصوص إلا بإذن الإمام، لأنه مانع للتنازع على الاستئثار به. وقد وكل إليه قطع المنازعة، فكان من سبق الحصول على إذن الإمام قبل الإحياء لاستفادة الملك، وقد أخذت بهذا الرأي معظم القوانين المعاصرة.

كيفية إحياء الأرض الموات:

أولاً : يرى الحنفية: أن الإحياء لا يكون إلا بجعل الأرض صالحة للزراعة، وذلك بأزالة العوائق التي تعوق زراعتها، فإذا كان انقطاع الماء عنها هو السبب في موتها كان إحياؤها بتوصيل الماء إليها، إما بشق ترعة لتوصيل الماء إليها أو بحفر بئر فيها أو بإحضار ماكينة لرفع الماء لريها.

وأما إذا كان السبب في موتها وجود الماء الكثير بها، فإن إحيائها يكون بتجفيف هذا الماء منها، أو بإقامة السدود التي يمنع الماء من الوصول إليها.

هذا وقد اشترط الحنفية لاعتبارها مواتاً أن تكون بعيدة عن

العمران غير قريبة منه، لأن قرب الأرض الموات من العمران ينتفع بها الناس في غير الزراعة فتتعلق بها مصالحهم. فقد يشقون فيها طرقاً أو مسابل للماء أو لوضع قمامتهم بها، ولم يختلف أحد من الفقهاء مع الحنفية في هذا. ولكنهم اختلفوا في مدى هذا البعد: فيرى الشافعية ومحمد بن الحسن: أنه يكفي في البعد ألا تكون مرافق القرية بالفعل أي أنه إذا كان منتفعاً بها بالفعل فإنها لا تكون مواتاً لانتفاء وصف الموات عنها، أما إذا لم تكن منتفعاً كمرفق من مرافق القرية، فهي موات في هذه الحالة.

ويرى أبويوسف: أن معيار البعد: أن ينادي بأعلى صوته فلا يسمعه أحد، أما لو سمعه أحد فإنها لا تكون من الموات.

ويرى أحمد بن حنبل: الرجوع إلى العرف لمعرفة الحد الفاصل بين القرب من العمران أو البعد عنه، لأن ذلك من المسائل التي لا تعرف إلا بالتوقف ولا دخل للرأي فيها، والشارع لم يرد عنه في ذلك حدٌ، لذا وجب الرجوع إلى العرف كالقبض في البيع والرهن .. إلخ، وكذا الإحراز فإن العرف هو المعرّف لكيفية القبض والإحراز، فوضع حدٍ دون دليل من قبيل التحكم، فليس أحدهما بأولى من الآخر طالما عدم النص أو القياس ، فلم يبق إذن إلا الرجوع إلى العرف.

ثانياً : يرى الشافعية والحنابلة في رواية عنهم: أن الإحياء بجعلها صالحة للانتفاع والاستغلال أي بتهيئتها للإنتفاع الملائم لها، فلا يشترط القيام بعمل معين لتحقيق هذا الإحياء بل يرجع في ذلك إلى العرف،

فكل ما يعدّه العرف إحياء ويتحقق به الانتفاع من الأرض فهو إحياء يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» فالإحياء جاء مطلقاً غير مقيد بصفة معينة، وما لم يحدده الشارع أو يعينه يصار في تعيينه إلى العرف[1] فإذا قام ببناء مصنع على الأرض الميتة فإن ذلك يعتبر إحياء لها استناداً إلى العرف. أما لو اقتصر على اتخاذ الإجراءات التمهيدية اللازمة للشروع في الإصلاح، كحرق الحشائش الموجودة بها، أو إقامة سور حولها، أو وضع علامات عليها، أو ما شابه ذلك. فالفقهاء يطلقون على هذه الأعمال التمهيدية تحجيراً، والتحجير مشتق من الحجر، لأن الإحياء يعرف بإظهار النية إليه، وإظهارها يكون ببناء سور من الحجارة حول الأرض المراد إحياؤها غالباً، والتحجير قد يكون من الحجْر أي المنع ، لأن المستحجر يمنع غيره من دخول الأرض التي يحجرها ومحاولة إحيائها.

أثر التحجير: التحجير لا يعتبر من أسباب الملك، أي لا يثبت به الملكية للمتحجر، ولكن يثبت له حق الأولوية في إحياء الأرض وتملكها أي أن المتحجر أولى من غيره في إحيائها، وهذا الحق يظل ثابتاً له لمدة ثلاث سنوات، فإذا لم يقم بإحيائها خلال هذه المدة نزعت منه، وأعطيت لغيره ليقوم بإحيائها. أما إذا أحياها في تلك المدة فإنه يتملكها، ولقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنوات حق» وقد أجمع الفقهاء على ذلك. وقال عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمتحجر حق

(١) المغني: ٥/٥٣٨.

بعد ثلاث سنوات».

وثبوت حق المتحجر في المدة المذكورة لايؤدي إلى منع الغير من إحيائها وتملكها عند الحنفية، لكن يكره له ذلك شرعاً وخلقاً، فلو استولى شخص جبراً عليها وأحياها ملكها. رغم هذا الفعل المكروه، مثله مثل من يخطب على خطبة الغير ويتبع ذلك بالزواج، فإن هذا الزواج يكون صحيحاً رغم ارتكابه لفعل مكروه[1]. ويلزم التنويه إلى أنه لا يوجد في دولتنا أرض موات بالمعنى الذي قال به الفقهاء، لأن هذه الأرض إما مملوكة للأفراد أو للشركات العامة أو الخاصة أو أراضي موقوفة، وجميع الأراضي الأخرى تكون ملكاً للدولة ولها أن تبيعها بثمن أو بغير ثمن للأفراد -ثمن رمزي- أو الهيئات، فقد تضمنت المادة «٨٧٤» من القانون المدني المصري الآتي:

(١) الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة.

(٢) ولا يجوز تملك هذه الأرض أو وضع اليد عليها إلابترخيص من الدولة وفقاً للوائح.

(٣) إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك «مادة٨٧٤» من القانون المدني المصري.

---

(١) الشيخ علي الخفيف،المرجع السابق، ص٣٦.

وإنني أعتقد أن الفقرة الأخيرة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي رغم نصه في الفقرة الأولى على ملكية الدولة لهذه الأراضي. وإذا نظرنا إلى اشتراط الحنفية أن يكون الإحياء بإذن الإمام. نجد أنه لا يخرج عن الترخيص الذي اشترطته المادة المذكورة في فقرتها الثانية.

النوع الثالث: الاستيلاء على المعادن والكنوز:

المعدن هو : ما يوجد في باطن الأرض طبيعة وخلقة ودون تدخل من إنسان، كالذهب والفضة والبترول والنحاس والقصدير والحديد والماس. إلخ وهذه المعادن لا تظهر إلا بالبحث والتنقيب والكشف عنها.

وأما الكنز فهو : ما دفنه الإنسان في باطن الأرض أو اندفن فيها بحادث من حوادث الطبيعة كالزلزال. فالزلزال يؤدي في معظم الأحوال إلى دفن بلدة أو مدينة بأكملها بما عليها من مباني وثروات مختلفة.

هذا وقد ذهب الحنفية إلى اطلاق اسم «الركاز» على المعدن والكنز، وأما غيرهم من فقهاء المذاهب المختلفة، فإنهم يفرقون بينهما، فمنهم من يطلقه على المعدن، ومنهم من يطلقه على الكنز[1].

---

(١) بدائع الصنائع:٢/٦٥، المبسوط للسرخسي:٢/٢١١.

١- المعدن :

أنواع المعدن:

١- صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار كالذهب والفضة والنحاس.

٢- صلب لا يقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري.

٣- سائل كالبترول والزئبق وجميع الزيوت المعدنية.

حكم تملك المعدن: اختلف الفقهاء في حكم تملك المعدن على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى المالكية[1] أن المعادن بأنواعها المختلفة ملك لعامة المسلمين أي للدولة، والإمام هو الذي يتصرف فيها بما يعود بالنفع على جميع المسلمين وبما يحقق المصلحة العامة لهم. سواء وجدت هذه المعادن في أرض مملوكة للأفراد أو غير مملوكة لأحد. لأن الملكية تكون لظاهر الأرض فقط ولا تتعدى إلى باطن الأرض، لأن ما في الباطن يبقى على حكم ملك المسلمين يتولى إدارته واستغلاله رئيس الدولة أو من ينيبه، نيابة عن العامة، لأن ترك هذه الثروات الهائلة في أيدي الأفراد يؤدي إلى التشاحن والتنازع والتقاتل والتحاسد، بل إنها قد تقع في أيدي طائفة شريرة منهم يستغلونها في الإفساد في

(١) الشرح الصغير للدردير: ٣٥٩/١.

الأرض[1].

الرأي الثاني: يرى الحنفية [2] أن المعادن بأنواعها تكون تابعة للأرض فتأخذ حكمها، فإن وجدت في أرض مملوكة لإنسان ما ، فهي لمالك هذه الأرض، وإن وجدت في أرض غير مملوكه لأحد فهي لمن يستولي عليها.

لأن المعادن جزء من الأرض والجزء يأخذ حكم الكل وعلى ذلك فالاستيلاء على المعادن الموجودة في باطن الأرض المباحة غير المملوكة لأحد سبب من أسباب الملكية.

الرأي الثالث: يرى الشافعية والحنابلة: أن المعادن إما أن تكون في أرض مملوكة، وإما أن تكون في أرض غير مملوكة أي مباحة.

فإن كانت في أرض مملوكة: فإنهم يفرقون بين المعادن الصلبة والسائلة فالمعادن الصلبة أو الجامدة تكون لمالك هذه الأرض لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها والمعدن الصلب جزء منها.

وأما المعادن السائلة كالبترول: فلهم فيها رأيان: أظهرهما أنها لا تملك لقوله عليه السلام «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار».

كما أن هذه المعادن لا تعتبر جزءاً من الأرض ، ولذلك لا تملك تبعاً لها.

---

(١) منح الجليل: ١/٣٦٧.

(٢) البدائع:٦/١٥٤، أ.د.مصطفى شلبي، المدخل ، ص٢١٦.

وأما الرأي الثاني لهم: أن صاحب الأرض يملك هذه المعادن، لأنها خارجة من الأرض التي يملكها فهي إذا كالزرع والمعادن الجامدة.

وأما إن كانت الأرض مباحة: فإما أن تكون المعادن ظاهرة ، وإما أن تكون غيرظاهرة. فإن كانت المعادن ظاهرة: أي يمكن الحصول عليها بلا كلفة أو مشقة أو مؤونة. أو بمؤونة ، ولكنها يسيرة، فإنها لا تملك بالاستيلاء عليها لتعلق حق العامة في الانتفاع بها، وللإمام أن يتصرف فيها بما يعود بالنفع على عامة المسلمين، وأما إذا كانت المعادن غير ظاهرة: أي لا يمكن الحصول عليها إلا بتكلفة ومؤونة فالظاهر عندهما- أي الشافعية والحنابلة- أنها لا تملك أيضاً بالاستيلاء عليها.[1].

وأما الحلي والمعادن التي تستخرج من البحر كالمرجان واللؤلؤ فهي ملك لمن قام باستخراجها ولا شيء فيها لبيت المال استناداً لرأي الإمام أبي حنيفة، لأن قاع البحر وما يحتويه ليس تحت غلبة الإمام، بخلاف معادن الأرض فإن له الغلبة على أرضها[2]. هذا وإذا نظرنا في مواد القانون المصري لوجدنا أنه: يقضي بأن المعادن الموجودة في باطن الأرض تعتبر ملكاً للدولة، فقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم٧٣ لعام ١٩٧٣ على أنه: «يعتبر من أموال الدولة ما يوجد في المناجم من مواد معدنية في الأرض المصرية والمياه الإقليمية ويعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر، عدا مواد البناء -الأحجار الجيرية والرملية والرمال -التي في المحاجر والتي تثبت ملكيتها للغير». ويتضح من هذا

(١) نهاية المحتاج:٣٤٩/٥. المغني: ٥٢٠/٥ ومابعدها.

(٢) الشيخ علي الخفيف،المرجع السابق، ص٣٣

النص أن المشرع قد استثنى مواد البناء الموجودة بالمحاجر من نطاق الملكية العامة وأجاز تملكها من الأفراد.

والرأي الراجح: هو رأي المالكية لأنه متفق مع مصلحة جميع المسلمين، ولأن ترك هذه الثروات الكبيرة في أيدي قلة منهم يؤدي إلى مساوئ وشرور كثيرة. ودرئ المفاسد مقدم على جلب المصالح.

ب - الكنز: أنواعه:

١ - كنز إسلامي: وهو الذي توجد به علامة أو دلالة تبين أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام: مثل وجود آية قرآنية أو التاريخ الهجري أو منقوش عليه اسم الرسول عليه الصلاة والسلام.

٢ - كنز جاهلي: وهو الذي توجد به علامة أو دلالة تبين أنه دفن قبل الإسلام: مثل وجود صورة وثن أو اسم حاكم من حكامهم أو علم ذلك بأي دليل من الأدلة المعقولة والمقبولة.

ب - حكم الكنز: أما الكنز الإسلامي: فهو مملوك لصاحبه ويطبق عليه حكم اللقطة -أي المال الضائع- ولا يعد من الأموال المباحة وعلى ذلك يجب على من عثر عليه أن يعّرفه، والتعريف اختلف في مدته فقيل إنه سنة وقيل أكثر من سنة. وقال البعض أنها أقل من سنة. والتعريف يكون علي أبواب المساجد وفي الموضع الذي وجده فيه فإذا ظهر مالكه سلمه إليه وإن لم يظهر مالكه اختلف الفقهاء في ذلك النحو التالي:

الرأي الأول : للمالكية: وهم يرون بانه -الكنز- إذا وجد بأرض فتحها المسلمون قهراً وعنوة ولم يعثر على صاحبه فهو لبيت المال، وأما إذا وجد بأرض لم تفتح عنوة فهو لمن يعثر عليه.

الرأي الثاني: للحنفية: وهم يرون بوجوب التصدق به على الفقراء وإذا كان واجده فقيراً فله أن ينتفع به.

الرأي الثالث: للشافعية والحنابلة: وهم يرون بأن الكنز يكون مملوكاً لمن وجده بشرط الضمان ، أي يجب عليه رده إلى صاحبه إن ظهر بعد ذلك هذا إذا كان موجوداً، أما إذا استهلك أو هلك وجب عليه أن يدفع قيمته إليه[1] .

وأما الكنز الجاهلي: فخمسه لبيت المال باتفاق الفقهاء، وأما الأربعة أخماس الباقية فقد اختلف فيها الفقهاء: فمنهم من قال أنه لمن عثر عليه سواء عثر عليه في أرض مملوكة أو أرض مباحة، ومنهم من فرق بين العثور عليه في أرض مملوكة وبين العثور عليه في أرض مباحة، فإن وجد في أرض مباحة فالأربعة أخماس لواجده. أما إن وجده في أرض مملوكة للغير فلا يكون لمن عثر عليه شيء ولا لمالك الأرض الحالي، وإنما يكون هذا الكنز لأول مالك لهذه الأرض في الإسلام أو لورثته إن وجدوا وكانوا معروفين، فإن كانوا قد ماتوا جميعاً أو كانوا موجودين ولكن لم يستدل عليهم أو على مكانهم، كان

---

(١) المغني:٥/٦٣١ ومابعدها. الاقناع للشربيني الخطيب: ٣/١١٨.

هذا الكنز للخزانة العامة(بيت المال)[1].

النوع الرابع: الاستيلاء على الكلأ والآجام:

الكلأ هو : الحشائش التي تنبت في الأرض دون تدخل من أحد. أي تنبت دون أن يزرعها أحد. وهي مرعى جيد للبقر والغنم والإبل والماعز وغيرها.

وأما الآجام فهي: الأشجار الغليظة الملتفة كالغابات.

حكم الكلأ: يجب التفرقة بين وجود هذه الحشائش في أرض مملوكة وبين وجودها في أرض غير مملوكة. فإذا كان الكلأ موجوداً في أرض مملوكة لشخص ما فإننا ننظر: إن كان مالكها لم يبذل جهداً في إنبات هذه الحشائش ، ولم يقم بسقيها ورعايتها فإن هذا الكلأ يكون مباحاً لكل إنسان. لقوله عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار» وعلى ذلك فلكل شخص أن يرعى حيواناته في هذه الأرض، دون أدنى تعرض من مالكها إلا إذا كانت هذه الحشائش موجودة بأرض مباحة، لأنها إذا كانت موجودة بأرض مباحة فإن للمالك أن يمنعهم من النزول إلى أرضه وإلا أجبر على تمكينهم من رعي حيواناتهم في أرضه في حالة عدم وجود مرعى للحشائش في

---

(١) د. عبدالكريم زيدان -المرجع السابق ص٢٥٨- هذا وقد نصت المادة ٨٧٢ من القانون المدني على أن:«١- الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ٢- والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف أو لورثته.»

أرض مباحة، وإما إن كان مالكها قد بذل جهداً في إنبات هذه الحشائش، وقام بسقيها ورعايتها ليكون مرعى خاصاً لحيواناته، فقد اختلف الفقهاء في حكمه: فأغلب الفقهاء يقولون أن هذا المرعى مباح للكافة لعموم الحديث السابق، ولأن البذر الذي هو سبب في الإنبات غير مملوك لأحد من الناس، وعلى ذلك فالحشائش التي تنمو من هذه البذور لا تكون ملكاً لأحد أيضاً.

وأما بعض المالكية ومتأخري الحنفية فإنهم يقولون: بأن هذا الكلأ ملك لصاحب الأرض، لأنه بملكه لهذه الأرض وحيازته لها يعتبر مالكاً للحشائش النابتة بها وحائزاً لها، وله أن يمنع الغير من الرعي بها، كما إنه له كامل الحرية في بيعه والتصرف فيه كما يشاء. ولأنه بعنايته لهذا الكلأ وسقيه له قد أخرجه من باب الإباحة. وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي في المادة ١٢٥٧ منها. وأما إذا كان الكلأ موجوداً في أرض غير مملوكة لأي إنسان، فإن هذا الكلأ يكون مباحاً لجميع الناس ولا ترتفع هذه الإباحة إلا بالاستيلاء عليه وحيازته، والدليل علي ذلك الحديث السابق[1].

حكم الآجام:

إن الآجام أي الغابات تكون مباحة إذا كانت في أرض غير مملوكة أما إذا كانت في أرض مملوكة فلا تكون مباحة، وإنما تكون مملوكة لصاحب الأرض سواء كان هو الذي قام بتشجيرها أو سقيها أم لا.

---

(١) البدائع: ٦/١٩٢ وما بعدها.

ويرجع السبب في هذه التفرقة بين الكلأ والآجام: لأن الأرض تملك لاستثمارها بما ينبت فيها من أشجار وغابات ولا تملك لاستثمارها بالكلأ[1]، لذا كانت الآجام ثمرة مقصودة من امتلاكها عادة، فيكون إحرازها إحرازاً لآجامها، بخلاف الكلأ[2].

ثانياً: العقود التي يترتب عليها نقل الملكية:

إن العقود من الأسباب الناقلة للملكية وهي كثيرة منها: البيع والهبة والصدقة والوصية والزواج إذا كان المهر عيناً من الأعيان، والطلاق على مال أي الخلع، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كان عيناً.

١- الهبة: تمليك تطوع في حياة. والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ والهبة بر. وقال تعالى أيضاً: ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ﴾.

وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها. مثالها: أن تقول الصديق وهبتك هذه الثلاجة. فيرد الصديق بالقبول ويتسلم منه الثلاجة وعندئذ تنتقل ملكيتها إلى الصديق الموهوب له بعد أن كانت ملكاً له.

٢- الصدقة: تمليك تطوع في حياة لاحتياج الثواب الآخرة. قال

(١) الخراج لأبي يوسف، ص١٠٣.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، ص٢٩.

تعالى ﴿الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ لا يُتْبِعُونَ مَا أَنفَقُوا مَنًّا وَلا أَذًى لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ﴾. أي الذين لا يقصدون بانفاقهم إلا وجه الله، ولا يعقبون ما أنفقوا من الخيرات والصدقات بالمن على من أحسنوا إليه كقوله قد احسنت إليك وجبرت حالك، ولا بالأذى كذكره لغيره فيؤذيه بذلك ﴿لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ﴾. أي لهم ثواب ما قدموا من الطاعة عند الله[1].

مثالها: أن تعطي فقيراً شيئاً من النقود، وهذه النقود المتصدق بها تكون ملكاً للفقير المتصدق عليه بمجرد تسلمه لها.

٣- الوصية: تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت[2] قال عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم»[3] كأن يقول شخص أوصى بهذا المنزل لفلان، ثم يموت بعد ذلك دون أن يرجع في وصيته، فإن هذا المنزل يكون ملكاً للموصي له بقبوله لهذه الوصية، هذا بعد توافر الشروط التي اشترطها الفقهاء وستدرس الوصية مع الميراث في السنة الثالثة إن شاء الله.

٤- الزواج: عقد يرد على ملك المتعة قصداً[4]. قال تعالى:

---

(١) صفوة التفاسير: ١٦٩/١.

(٢) المادة الأولى من القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(٣) سبل السلام: ١١١/٣.

(٤) تبيين الحقائق: ٩٤/٢.

﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (١) فإذا قال رجل لامرأة تزوجتك بألف جنيه مثلا وقبلت المرأة ذلك، فبموجب هذا العقد تنتقل ملكية المهر إليها بعد أن كانت ملكاً للزوج.

الخلع: أن يطلق امرأته في مقابل مبلغ من المال تدفعه إليه. مثاله: أن تقول المرأة لزوجها طلقني أعطيك ألفين من الجنيهات. فإذا أجابها الزوج إلى طلبها بقوله: طلقتك على ذلك. فإن هذا المبلغ تنتقل ملكيته إليه بعد أن كان ملكاً للزوجة.

٦ - الإجارة: تمليك منفعة بشروط مفصلة في كتب الفقه، ولقد أخبرنا الإمام مسلم في صحيحه أن النبي عليه السلام: «نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة» كأن يقوم المؤجر بتأجير شقة نظير أجرة معينة «مائتي جنيه مثلاً في الشهر» يدفعها المستأجر. فإن هذه الأجرة تنتقل ملكيتها إلى المؤجر بمجرد تسلمها من المستأجر.

ثالثاً: نقل الملكية بالميراث:

الميراث سبب من أسباب نقل ملكية تركة المورث إلى ورثته دون حاجة إلى عقد أو قبول من الورثة، فالوارث يخلف مورثه بحكم الشرع ولا دخل لإرادة الوارث أو المورث في ذلك. وهو يخلفه في أمواله وحقوقه، ولا يسأل عن ديون موروثه إلا في حدود الأموال التي تركها المورث، هذا ويجب على الورثة أن يقوموا بتجهيز الميت ودفنه

---

(١) سورة النساء: الآية٣.

أولاً ثم الوفاء بديون الميت ثانياً، ثم تنفيذ وصايا الميت من ثلث التركة ثالثاً، ثم توزيع الأنصاب على الورثة الشرعيين، وجميع هذه المسائل مفصلة في كتب المواريث والوصية، وستدرس هذه المواضيع في السنة الثالثة إن شاء الله.

ويلزم التنويه إلى: إن الملك الثابت بهذه الأسباب وغيرها يكون ملكاً تاماً، وهذا الملك التام لا يزول عن صاحبه إلا برضائه رضاء صحيحاً غير مشوب بعيب من عيوب الرضا، لأن أساس هذه العقود هو الرضا كما هو معلوم. هذا هو الأصل، ولكن استثنى من هذا الأصل ثلاث حالات يزول فيها الملك جبراً عن المالك. لأن امتناعه وعدم رضاه ظلم لا يلتفت إليه. وهذه الحالات هي ما يأتي:

الحالة الأولى: نزع الملك للمنفعة العامة: إذا دعت الحاجة إلى ذلك كشق الترع والمصارف، وإنشاء الطرق وتوسيعها،أو بناء المدارس والجامعات والمصانع، والقواعد الحربية. ففي هذه الحالة يجوز الاستيلاء على الأملاك الخاصة لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة. هذا مع دفع قيمة هذه الأرض المنزوعة، والخبراء هم الذين يقومون بتقويمها. وقد فعل عمر بن الخطاب ذلك عند توسيع المسجد الحرام.

الحالة الثانية: امتناع المدين عن سداد ديونه بغير حق. فللقاضي في هذه الحالة أن يبيع من أمواله ما يفي سداد هذه الديون جبراً عنه، هذا هو رأي أبويوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ورأيهم هذا يخالف رأي الإمام أبي حنيفة لأنه: قد ذهب إلى عدم جواز بيع

مال المدين جبراً عنه، لأن هذا التصرف يعتبر حجراً على المدين وإهدار لإنسانيته، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بحبسه حتى يوافق على أداء الديون الممتنع عن أدائها ظلماً وتعسفاً. هذا وإذا تبين للقاضي إعساره وعدم قدرته على أداء الديون أطلق سراحه حتى يزول إعساره[1] فبعد العسر دائماً يسر. قال تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ العُسْرِ يُسْراً إِنَّ مَعَ العُسْرِ يُسْراً﴾.[2]

الحالة الثالثة: الشفعة:

تعريفها: لغة الضم. وشرعاً: حق تملك قهري للعقار المبيع يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بمعاوضة[3].

والأصل فيها: السنة: فقد روى البخاري عن جابر رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق فلا شفعة» وفي رواية له: «في أرض أو ربع أو حائط» والربع المنزل. والحائط: البستان. ويسمى هذا الحق بحق الشفعة، وسمي صاحبه بالشفيع، ويطلق الفقهاء على العقار المأخوذ -وهي الحصة المبيعة- بالمشفوع وبالمشفوع فيه. ويسمون ما استحق به الشفيع الشفعة-من عقار يملكه بالمشفوع به.

---

(١) الشيخ على الخفيف -المرجع السابق- ص ٣٨

(٢) سورة الشرح: الآيتان ٤، ٥.

(٣) انظر في تعريفها تبيين الحقائق ٢٣٩/٥. مغني المحتاج للشربيني الخطيب: ٢٩٦/٢. حاشية الشرقاوي لزكريا الأنصاري ١١٥/٢. المغني: ٤٥٩/٥ ط١٣٤٧هـ بالقاهرة.

حكمة مشروعيتها: دفع الضرر الذي قد يصيب الشريك في شركته، واتقاء ما يتوقع من ضرر قد يحدث له، إما بسبب مشاركته لإنسان غير مأمون العواقب، وإما بسبب مجاورته لهذا الإنسان، لأنه قد يكون شاذ الطباع سيء الخلق والمعاشرة، هذا بالإضافة إلى اتساع ملكه بشرائه لحصة شريكه في الشركة أو بشرائه لعقار مجاور لعقاره، ومن المعلوم أن الضرر يجب دفعه لقوله عليه السلام: «لاضرر ولا ضرار» وبصفة خاصة إذا لحق بالجار الذي يستحق كل إكرام، والذي وصانا به رسولنا الكريم، فقال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» ورعاية مصلحة الجار نوع من الإكرام الذي أمرنا به النبي عليه الصلاة والسلام.

سبب استحقاق الشفعة: إن حق الشفعة لا يثبت إلا لمن يملك عقاراً متصلاً بالعقار المبيع، فسبب الثبوت إذا هو اتصال عقار الشفيع بالعقار المبيع عند البيع والاتصال له ثلاث صور:

الصورة الأولى: اتصال شركة في نفس العقار: وذلك إذا كان العقار مملوكاً ملكية شائعة بين اثنين أو أكثر أي أن لكل مالك حصة شائعة في هذا العقار، فإذا بيعت حصة من هذا العقار لشريك أو لأجنبي كان للشركاء الآخرين حق الشفعة مثال ذلك: إذا اشترك أكثر من اثنين في قطعة أرض أو في منزل لكل منهم حصة شائعة كالخمس أو الربع أو الثلث. فباع أحدهم حصته أو جزءاً منها كان لباقي الشركاء أن يأخذ الحصة المبيعة بالشفعة بالتساوي أو بنسبة حصة كل منهم هذا

إذا بيعت الحصة لأجنبي. أما لو بيعت لأحد الشركاء فإنهم أيضاً يشتركون في ملكيتها بالشفعة بالتساوي أو بنسبة حصصهم بما فيهم الشريك المشتري للحصة المبيعة.

أما إذا قاموا بقسمة العقار فيما بينهم واختص كل منهم بقطعة معينة منه، فإنهم يكونوا جيراناً في هذه الحالة وليسوا بشركاء، وبالتالي لا يكون لأي منهم حق الشفعة في حصة الآخر إذا بيعت. هذا عند جمهور الفقهاء . وأما الإمام أبي حنيفة فإنه يقول بثبوت حق الشفعة بسبب الجوار إذا كان ملاصقاً كما يثبت حق الشفعة بسبب الشركة إن كانت في حق خاص، على ما سيأتي[1] .

الصورة الثانية: اتصال شركة في حق العقار الخاص: ويريد الحنفية بهذا الحق: حق الشرب الخاص، وحق المسيل الخاص، وحق الطريق الخاص.

وحق الشرب الخاص هو: هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن، وقيل ما يتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهي ماؤه عند انتهاء مجراه. وقيل: ما يخص شركاءه واختلفوا في حد الإحصاء ، فقال بعضهم مادون العشرة، وقيل: مادون الأربعين، وقيل: مادون المائة. وقيل :مادون الخمسمائة، والأصح: إن اعتبار الشرب خاصاً أو عاماً مفوض إلى رأي القاضي. وأما إذا كان الشرب عاماً فإن حق الشفعة لا يثبت فيه مثل نهر النيل أو الترع المتفرعة منه.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٥٣.

وأما الطريق الخاص: فهو الطريق غير النافذ، ويريد الحنفية به: أن يكون لمالكه أو ملاكه الحق في منع غيرهم من المرور به حتى وإن كان طريقاً يصل بين طريقين.

وأما إذا كان الطريق عاماً فإن حق الشفعة لا يثبت فيه مثل الطريق الذي يحق لكل إنسان أن يمر به.

وأما المسيل الخاص: فهو ما يشترك فيه عدد محدود ومعلوم من الشركاء، أي ما يحصي الشركاء فيه، وقيل: ذلك مفوض إلى رأي القاضي. وأما إذا كان المسيل عاماً فإن حق الشفعة لا يثبت فيه، كالمصرف العام. وعلى ذلك: إذا بيعت أرض تروى من نهر النيل لم يكن لملاك الأراضي التي تروى أراضها منه الحق في أخد الأرض المبيعة بالشفعة لهذا السبب. كذلك إذا بيع منزل بابه مفتوح في طريق عام لم يكن لأصحاب المنازل الأخرى التي تفتح أبوابها في نفس الطريق الحق في أخذ المنزل المبيع بالشفعة لهذا السبب، وكذا إذا بيعت أرض تصرف الماء الزائد عن حاجتها في مصرف عام، لم يكن لملاك الأراضي التي تصرف في هذا المصرف حق أخذها بالشفعة لهذا السبب: فالشفعة إذا ثبتت بالاشتراك في شرب خاص أو طريق خاص عند الحنفية بالاتفاق بينهم، أو بالاشتراك في مسيل خاص على الأصح[1].

(١) بدائع الصنائع: ٢٦٨١/٦. شرح العناية على الهداية: ٣٦٩/٩.

خلاصة القول في هذه المسألة:

إن الأرض التي تشرب من مجرى خاص، إذا بيعت كان لملاك الأراضي الأخرى التي تشرب من نفس المجرى حق أخذها بالشفعة دون تفرقة بين أرض مجاورة لها وبين أرض بعيدة عنها، ولا بين الأرض التي تقع على حافة المجرى التي بها الأرض المبيعة، والأرض على الحافة الأخرى، ولا بين أرض تشرب من هذا المجرى مباشرة وأرض تشرب منه عن طريق مرور الماء بأرض أخرى، ولا فرق في هذه الحالات بين أن يكون البيع لأجنبي أو لشخص منهم إلا أنهم يشاركونه إذا كان منهم. كذلك إذا بيع منزل يفتح بابه في طريق خاص كان لجميع المنازل التي تفتح أبوابها في هذا الطريق الحق في أخذه بالشفعة، فإذا بيع لإنسان أجنبي لا حق له في هذا الطريق وأرادوا شراءه جميعاً قسم بينهم، وأما إذا بيع لشخص له حق في هذا الطريق، وأرادوا شراءه جميعاً قسم بينهم بما فيهم المشتري. فإذا كان لمنزل بابان أحدهما في هذا الطريق والآخر في طريق عام كان له أيضاً الحق في الأخذ بالشفعة دون أدنى تفرقة بينه وبين المنزل الذي ليس له إلا باب واحد في هذا الطريق الخاص، وكذا لا يفرق بين المنزل الملاصق والمنزل غير الملاصق إذا كان باب كل منهما في الطريق الخاص.

وما الحكم إذا كان لأرض حقان: حق في شرب خاص، وحق في طريق خاص، وتنازع الشركاء في كلا الحقين في أخذ هذه الأرض بالشفعة عند بيعها؟

إن الشركاء في الشرب أولى من الشركاء في الطريق لأنهم أقوى اتصالاً: لأن حياة الأرض وكثرة الغلة الناتجة منها متوقفة على وجود الماء ووفرته. والشركة في الطريق مقدمة على الشركة في المسيل، فالتزاحم في الطريق والخلاف عليه أقل من الشرب. وأخرت الشركة في المسيل في المرتبة عند التزاحم بين الشركاء لأن وجود مصرف خاص لا يعني الإنسان كثيراً بخلاف الاثنين السابقين. هذا ويجب التنويه إلى أن العبرة بقوة السبب لا بتعدده، فلو كان أحد الشركاء في الشرب شُريك في الطريق أيضاً لم يتقدم على غيره من الشركاء في الشرب وهكذا.

الصورة الثالثة : اتصال جوار مع التلاصق: يرى الحنفية أن الجوار يثبت به حق الشفعة للجار إذا كان ملاصقاً للمبيع، حتى ولو كانت الملاصقة لا تتجاوز شبراً واحداً، والملاصق في شبر يتساوى مع الملاصق في الحدود الأربعة.

فلا امتياز لأحدهم على الآخر، فإذا بيعت قطعة من الأرض كان لصاحب الأرض الملاصقة حق أخذها بالشفعة.

ومن الجوار الملاصق: اتصال العلو بالسفل أي الدور الثاني بالأول فإذا كان لإنسان سفل المنزل وللآخر علوه كانا جارين. ولكل منهما الحق في الأخذ بالشفعة إذا باع أحدهما ما يملك.

والصورتين الأخرتين لم يقل بهما غير الحنفية[1] ثبوت الشفعة بالشركة في الحق الخاص أو بالجوار -لأن جمهور الفقهاء من المالكية أو الشافعية والحنابلة لا يقولون بذلك لأن الشفعة عندهم تثبت بالشركة على الشيوع فقط.

وقد استند الجمهور إلى حديث جابر رضي الله عنه الذي ذكرته سلفاً. ومن هذا الحديث يتضح لنا أن الشفعة لا تكون إلا فيما لم يقسم -الشركة على الشيوع- أما إذا كانت الحدود محددة والطرق مبينة فلا تكون الشفعة في هذه الحالة. أما الحنفية فقد أولوا الحديث: بأن المعنى المراد من هذا الحديث: أنه لا شفعة لغير الشركاء في العقار المشترك عند قسمته و لا شفعة فيه بسبب الشركة بعد قسمته وهذا لا ينفي ثبوت الشفعة فيه بسبب الجوار مثلاً إذا بينت طرقه[2]، وقد استند الحنفية إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقها واحداً»[3]

وقال عليه السلام أيضاً: «جار الدار أحق بالدار من غيره»[4].

مراتب الشفعاء: إذا اجتمعوا جميعاً في حصة مبيعة من عقار فترتيبهم كما يأتي:

---

(١) مغني المحتاج : ٢٩٧/٢. المغني: ٤٦١/٥ ط.المدينة المنورة. الشرح الصغير للدردير: ٢٢٨/٢. المحلى لابن حزم: ٩٩/٩ ط١/ ١٣٠هـ. القاهرة.

(٢) الشيخ علي الخفيف -المرجع السابق- ص٤٢ وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع ٢٦٨٢/٦، نيل الأوطار للشوكاني ٢١٩/٥.

(٤) سبل السلام للصنعاني: ٧٣/٣.

١ - الشركاء في العقار الذي بيعت حصة منه، لا يفضل أحد منهم على غيره حتى لو امتاز عنه بسبب آخر.

٢ - فإذا لم يتقدم أحد منهم لأخذ الحصة المبيعة بالشفعة، قدم الشركاء في الحق الخاص لا يفضل أحد منهم على غيره بجوار.

٣ - فإذا لم يتقدم أحد منهم للمطالبة بحق الشفعة، انتقل الحق فيها للجيران الملاصقين من غير تفضيل لأحد منهم بطول التلاصق. وإذا لم يتقدم أحد منهم أيضاً بقيت الحصة المبيعة لمشتريها الأجنبي.

التوفيق بين الشفعاء:

أ - إذا طالب واحد فقط من أي نوع من الأنواع الثلاثة السابقة أخذ المبيع بالشفعة أجيب إلى طلبه.

ب - إذا طالب بها أكثر من واحد وكانوا من مرتبة واحدة، أي نوع واحد، فإن الحنفية وبعض الشافعية ورأي للحنابلة يذهبون إلى تقسيم المبيع على حسب رؤوسهم ، فإذا كانوا اثنين اقتسموه بينهم بالسوية، وإذا كانوا ثلاثة كان لكل منهم ثلثه وهكذا.. حتى لو كان أحدهم يملك نصف العقار أو ثلثيه.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

١- قال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة على رؤوس الرجال».

٢- أن أهل المرتبة الواحدة متساوون في استحقاق أخذ المبيع.
بدليل: أن كل واحد منهم يأخذ المبيع كله عند انفراده، فجميعه من حقه، فإذا تعددوا أو تعارضوا اقتسموه بينهم بالسوية، لأنهم جميعاً متساوون في استحقاقه مثل ما إذا ادعى اثنان ملكية شيء، وأقام كل منهما البينة على ما يدعيه، والبينتان متساويتان، قسم المدعي به بينهم نصفين.

٣- إذا تنازل أحد الشفعاء عن حقه لشفيع آخر، فإن هذا التنازل لا يؤدي إلى ضم نصيبه إلى نصيب المتنازل له، لأن المتنازل لم يملك شيئاً يصح أن يملكه غيره، وإنما يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة.

وذهب الجمهور ومالك والشافعي وأحمد[1] إلى أنه إذا تعدد الشفعاء وطالبوا جميعاً بحقهم في أخذه بالشفعة، وزع الحق المبيع بينهم على قدر الحصص من الملك. لأنه حق مستحق بالملك فقط على قدره، كالأجرة والثمرة. فلو كان العقار مملوكاً بين ثلاثة أشخاص: للأول النصف وللثاني الثلث، والثالث السدس، فإذا باع الأول حصته وزعت بين الشريكين الآخرين بنسبة الحصص التي يملكونها أي أن لمن يملك الثلث سهمين، ولمن يملك السدس سهم واحد.

واستدلوا على ذلك بقولهم: أن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم، وكأنه ثمرة من ثمراته، ولذا يقدر حقهم بقدره عند التزاحم فيها ويستحقونها على حسب ما يملكون من أصلها، كما

(١) مغني المحتاج ٢/٣٠٥. المغني والشرح الكبير ٥/٥٢٣. حاشية الدسوقي ٣/٤٨٧.

يستحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيه.

وقد رد الحنفية على ذلك بقولهم:

إن الثمرة تتولد من الملك، فيكون لكل شريك فيها قدر ما تولد من ملكه، أما استحقاق الشركاء للملك غيرهم وتملكهم له فليس متولدا من ملكهم، إذ لا يكون ملك غيرهم ثمرة من ثمرات ملكهم، وإنما استحقوه بأمر الشارع بوصف أنهم شركاء دفعاً للضرر عنهم، وهم في ذلك سواء فيقتسمونه أيضاً على السواء[1].

ج : إذا طالب بالشفعة أكثر من واحد وكان من طبقات مختلفة يقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حقوق المبيع ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار[2].

شروط الشفعة:

١- في المال المشفوع فيه. ٢- في الشفيع. ٣- في المشفوع منه.

أولاً : في المال المشفوع فيه:

١- أن يكون المشفوع فيه -أي المبيع- عقاراً، سواء أكان عيناً مفرزة كمنزل أو جزءاً شائعاً فيه كربعه أو ثلثه، وسواء أكانت العين المبيعة مما تقبل القسمة كمنزل كبير أم كانت مما لا تقبلها كمنزل صغير

---

(١) المبسوط للسرخي ٩٧/١٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٦٩٠/٦.

مكون من حجرة واحدة مثلاً[1]، ففي جميع هذه الحالات يجوز المطالبة بالشفعة في العين المبيعة.

وعلى ذلك فالشفعة لا تكون في المنقول إلا بالشروط الآتية:

أ - أن يكون المنقول تابعاً للعقار.

ب - وأن يكون متصلاً به اتصالاً قرار كالبناء والنخل أو الثمر على الشجر.

ج - أو أن يكون من لوازم العقار كالآلات اللازمة لزراعة الأرض كالمحراث وماكينة الري وماشابه ذلك.

فإذا لم يكن المنقول متوافراً فيه هذه الشروط كما إذا بيع مستقلاً عن العقار أو إذا كان منفصلاً عنه أو لم يكن من لوازمه فإن الشفعة لا تثبت فيه.

وعلى ذلك فإذا بيعت عزبة بما عليها من حظائر ومخازن وما فيها من نخيل وزرع وشجر وآلات زراعية، فإن حق الشفعة يثبت في جميعها عقاراً كان أم منقولاً للشركاء فيها أو في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص أو المصرف الخاص أو لجيرانها، ولكن إذا بيع معها سيارة خاصة فإن الشفعاء لا يكون لهم الحق في أخذها بالشفعة، لأنها ليست من توابع العزبة ولا من لوازمها ولا تكون متصلة بها اتصال

---

(١) العقار الذي يقبل القسمة هو الذي يمكن الانتفاع بكل جزء منه بعدها، على أن يكون مثل الانتفاع الذي كان قبلها، وألا لا يكون عقاراً قابلاً للقسمة.

قرار كما ذكرنا، هذا وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار وأثبتوا فيه الشفعة إذا بيع، وكذلك إذا بيع سفله أو عقار بجواره، ذلك لأن البناء المستعلى له حق البقاء والقرار على السفل فكان كالعقار في دوامه فألحق به. هذا هو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والحنفية.

الشرط الثاني: أن يخرج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً بعوض مالي ومن هذا الشرط يتبين لنا: أن خروج العقار من ملك صاحبه خروجاً غير بات، كما إذا باعه بيعاً فاسداً وقبضه مشتريه، فإن هذا العقار المبيع لا يثبت فيه الشفعة، لأنه بقبضه من المشتري تنتقل إليه الملكية، ولكن على وجه غير بات، لأن هذا البيع واجب الفسخ لأنه فاسد كما ذكرنا، فإذا فسخه أحدهما -البائع أو المشتري- أو كليهما ردّ المبيع إلى البائع، لأن حقه فيه ثابت لم ينقطع ولذا فهو أولى به من غيره، أما الشفيع فلا حق له في هذه الحالة. أما إذا أصبح الملك باتاً بأن فعل في المبيع ما يمنع رده إلى بائعه كما إذا أضاف إليه زيادة لا يمكن أن يسلم بدونها، فالشفعة في هذه الحالة تثبت للشفيع لانقطاع حق البائع في الاسترداد، ولكن يجب على الشفيع أن يدفع قيمته حتى يتملكه، والقيمة تشمل الثمن الذي دفعه المشتري والزيادة التي طرأت على المبيع وهو في حيازة المشتري[1] كذلك إذا خرج من ملك صاحبه هبة من غير أن يشترط عوضاً، أو صدقة، أو وقفة، أو أوصى به أو ورثه الورثة بعد وفاته ففي جميع هذه الحالات لا يثبت حق الشفعة للشفيع، لأن المالك لم يخرجه بعوض

---

(١) المبسوط: ١٤/١٤٩.

مالي، ومعلوم أن العقار لا يملك بالشفعة إلا في نظير عوض مالي يساوي العوض الذي أخذه مالكه عند خروجه من ملكه.

واختلف الفقهاء في خروج العقار من ملك صاحبه بمعاوضة غير مالية على النحو التالي:

أ- يرى الحنفية والحنابلة: أن المعاوضة إذا لم تكن مالاً، فإن الشفعة لا تثبت لأحد. مثال ذلك: إذا جعل المالك العقار مهراً أو بدل فرقة من زواج، أو أجراً عن عمل أو مقابل منفعة لأن تملك المبيع بالشفعة لا يكون إلا بمثل ما بيع به أو بقيمته وهو غير ممكن في هذه الأحوال لأن بدله ليس بمال، فلا مثل له من الأموال ولا قيمة.

ب- ويرى الشافعية والمالكية: أن الشفعة تثبت حتى ولو لم تكن المعاوضة مالاً، لأن العوض غير المالي يقوم بالمال، ويجب على الشفيع دفع هذه القيمة، واختلف الشافعي ومالك في تقويم العوض الغير مالي، فالشافعي يرى: أن يقوم بمثل ما دفع لأجله فإذا جعل العقار مهراً أخذه الشفيع بمهر المثل، وكذا إذا جعل بدل فرقة من طلاق أي خلع أخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة لأنه يعتبر عوضاً عن حق التمتع بزوجته، وهذا الحق مقدر بمهر المثل. وإذا جعل أجراً عن عمل معين أو مقابل منفعة أخذه الشفيع بأجر مثل العامل أو بالأجرة المعلومة عرفاً لهذه المنفعة.

وأما مالك فيرى: أن يقوم العقار بقيمته بالغة ما بلغت حتى

يتمكن من أخذه بالشفعة[1].

شروط المال المدفوع فيه في القانون المدني:

١ - أن يكون عقاراً ٢ - عدم قابلية الشفعة للتجزئة أي لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في جزء من المبيع وترك جزء منه وإلا أدى ذلك إلى تفريق الصفقة والحاق الضرر بالمشتري، لأن الثمن يقدر جملة واحدة دون النظر إلى قيمة كل جزء منفرداً، بل إن الجزء المشفوع فيه قد يكون هو أفضل الأجزاء ولولاه لما رغب المشتري في أخذ المبيع صفقة واحدة[2].

وعلى ذلك فالقانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في الشرط الأول وخاصة المذهب الحنفي، وكذا الشرط الثاني: لأنه مقرر في الشريعة الإسلامية أيضاً فمن شروط التملك بالشفعة في الفقه الإسلامي: ألا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري.

ثانياً: في الشفيع:

الشرط الأول: أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به[3]، ملكية سابقة على البيع، فلا شفعة له بمنزل يسكنه بالإجارة أو الإعارة أو بمنزل باعه

---

(١) الشيخ علي الخفيف-المرجع السابق-ص٤٥ ومابعدها.

(٢) أ.د. عبدالرازق السنهوري. الوسيط ٤٨٣/٩. أ.د.إسماعيل غانم. الحقوق العينية الأصلية ٤١/٢.

(٣) المبسوط ٩٥/١٤ ط بيروت. مغني المحتاج ٢٩٧/٢. الشرح الصغير ٢٢٨/٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٤١/٢ طبع القاهرة ١٩٤٧.

قبل الشراء أو بمنزل جعله وقفاً أو مسجداً.

الشرط الثاني : بقاء ملكية الشفيع لحين الأخذ للشفعة. فإذا كان المشتري قد اشترى منزلاً وتسلمه بالفعل، ثم بيع المنزل المجاور له بعد تسلمه للمنزل الأول. فإن للمشتري أن يأخذه بالشفعة، لأنه قد صار جاراً عند انعقاد البيع[1]. وأما الوقف فلا شفعة له لا بشركة ولابجوار.

وأما في القانون المدني، فإن هذا القانون قد وافق الفقه الإسلامي في الشرطين المذكورين ولكنه خالف الفقه الإسلامي في اشتراط ألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المبيع. لأن الشريعة الإسلامية لم تنص علي هذا الشرط. وأما فيما يتعلق بالشفعة للوقف فإنهما يتفقان على أنه: لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار[2].

ثالثاً : في المشفوع منه:

اتفق الفقهاء على جواز الشفعة على أقارب البائع مثل ما هي جائزة على غير الأقارب. فإذا باع زوج لزوجته أو أخ لأخيه فالشفعة تثبت على المشتري مهما كانت درجة قرابته هذا إذا تحقق سبب الشفعة وهو اتصال الملك بالشركة عند الجمهور أو بالشركة والحق الخاص والجوار عند الأحناف.

وأما في القانون المدني: فإن هذا القانون قد خالف الفقه

(١) حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥/٢٥٥.

(٢) أ.د. عبدالمنعم البدراوي.شرح القانون المدني، ص٤٥.

الإسلامي لأنه قد اشترط ألا يكون المشتري من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم وهم الأصول والفروع، والزوج والزوجة أو الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو الأصهار لغاية الدرجة الثانية. فإذا تم البيع لأحد من هؤلاء فإن الشفعة لا تكون جائزة[1].

اجراءات الشفعة:

يجب على الشفيع أن يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة بمجرد علمه بالبيع ويطلق عليه الفقهاء طلب المواثبة هذا وقد عرفته المادة (١١٨) من مرشد الحيران بقولها: «طلب المواثبة هو: أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فوراً في مجلس علمه بالبيع، والمشتري والثمن ولو علم بذلك بعد حين بدون أن يصدر منه ما يدل على الاعراض وأن يشهد على طلبه خشية جحود المشتري لا لزوماً.

وقت طلب المواثبة: وقت علم الشفيع بالبيع، وهذا العلم قد يحصل بسماعه شخصياً بالبيع وقد يحصل بسماعه من الغير، وهذا الطلب لا يكون مؤدياً إلى الأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق فيه أمران: أحدهما: أن يعم العقار المبيع جميعه، سواء أكان حق الشفعة لواحد أم لأكثر وسواء أكان الشفعاء في مرتبة واحدة أم في مراتب مختلفة. وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أم من الشفعاء جميعاً. ثانيهما: أن يكون الطلب في مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشتري، سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده بسنين، وسواء

(١) أ.د. السنهوري-الوسيط- ٤٧٨/٩.

أكان في بلد العقار أم كان غائباً عنه.

فإذا علم الشفيع ببيع العقار وبمقدار ثمنه وبمن اشتراه، واعرض عنه وانشغلَ بغيره، سقط حقه في الشفعة لتغيير المجلس بإعراضه وانشغاله بعمل آخر، أما إذا علم به ولم يعرض عنه وأخذ يفكر بروية وتأن ثم طلب في مجلس العلم إن يأخذ بالشفعة بقي حقه فيها، أما إذا قام من المجلس دون أن يطالب بالشفعة فإن حقه يسقط لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لمن واثبها» أي أسرع إلى طلبها.

فإذا بادر الشفيع باظهار رغبته، لزمه أن يحافظ على حقه في الشفعة بطلبها مرة أخرى من المشتري لأن المبيع سيؤخذ منه أو من البائع إذا كان العقار المبيع في يده ولم يقم بتسليمه إلى المشتري، أو عند العقار نفسه لأنه هو الذي تعلق به الحق.

ويطلقون على هذا الطلب طلب التقرير أو طلب الأشهاد لأن بعض الفقهاء يشترطون الاشهاد عليه عند حصوله، وأما غالبية الفقهاء فلا يشترطون الاشهاد، وإنما يستحسنونه حتى يكون للشفيع بينه عند الانكارُ فإذا لم يتقدم بهذا الطلب أيضاً دون عذر سقط حقه في الشفعة.

طلب الخصومة: يكتفي بالطلبين السابقين في تملك الشفيع للعقار المبيع إذا لم يعارض المشتري، أما إذا عارض فإن الشفيع يحتاج إلى تقديم طلب آخر للقاضي هو عبارة عن دعوى خصومه يرفعها ضد

المشتري . ويجب عليه أن يدخل البائع خصماً فيها إذا كان العقار في يده ولم يسلمه إلى المشتري فإذا ثبتت دعواه بإقرار المدعى عليه أو بالأدلة التي قدمها حكم له القاضي بثبوت حقه في الشفعة وتملك العقار المبيع من وقت صدور الحكم من القاضي[1].

هذا وقد نظم القانون المدني إجراءات الشفعة في المادة(٩٤) منه «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك» وهذا التنظيم لا يتنافى مع روح الفقه الإسلامي لأنه يتمشى مع تطور الزمن[2].

مسقطات الشفعة:

١ - تسقط الشفعة بترك طلب من الطلبات الثلاثة عن وقته بلا عذر:

طلب المواثبة، وطلب التقرير والأشهاد، وطلب الخصومة والتملك.

٢ - تسقط الشفعة بالتنازل عنها صراحة أو ضمناً وبالصلح عليها بعوض وبالمساومة من الشفيع للمشتري في العقار المشفوع بيعاً أو إجارة أو شهادته على عقد البيع، وتسقط أيضاً ببيع الشفيع ما يشفع به قبل الأخذ بالشفعة ، سواء أكان قبل الطلب أم بعده

(١) بدائع الصنائع:٦/ ٢٧١٠ ومابعدها. المجموع :١٤/١٤٤. والمغني ٥/٤٧٧.

(٢) رسالة الدكتور محمود حسن، ص٤٧٥.

وسواء أكان يعلم ببيع العقار المشفوع أم لا.

٣- أخذ عوض مقابل اسقاط حق الشفعة: فإذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة في نظير مبلغ من المال، سقط حقه فيها ولم يجب له العوض، لأن هذا الاتفاق يترتب عليه أخذ مال بالباطل، فالشفعة مجرد حق يتبع الرغبة والمشيئة، ولا أثر له في المبيع، ولذا فهو لا يعتبر من المال ولا يستحق به المال، وعلى ذلك فأخذ المال عوضاً عن هذا الحق وجعله سبباً لذلك يكون مخالفاً للمشروع ويجب إلغاء هذا الاتفاق، وإقدام الشفيع على هذا يعتبر تنازلاً عن حقه في الشفعة وإسقاط له.

٤ - موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه، فيسقط حقه في الأخذ بالشفعة بموته، ولا ينتقل إلى ورثته.

٥ - ضمان الشفيع للمشتري في الثمن للبائع، لأن ضمانه هذا يعتبر رضاء بتمام البيع للمشتري، ويترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة[1].

آثار الشفعة:

إذا بيع عقار فإنه يدخل في ملك مشتريه بمجرد تمام عقد البيع، حتى ولو طالب به الشفيع، لأن مجرد المطالبة به لا يؤدي إلى زوال ملكية المشتري الثابتة بعقد البيع، وإنما يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمرين:

---

(١) الشيخ علي الخفيف: ص٦٣ ومابعدها.

١- التراضي مع المشتري ، وفي هذه الحالة يتملك الشفيع العقار المذكور بعقد جديد طرفاه الشفيع والمشتري. ولا ينقض العقد الأول بلا خلاف.

٢- بحكم القاضي وفي هذه الحالة يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه بالحكم القضائي ويكون تملكه له بمثابة شرائه من المشتري إذا كان قد تسلمه من البائع(١).

هذا ويجب على الشفيع أن يدفع ثمن العقار بمثل ما دفعه المشتري إن كان البدل مثلياً، أو بقيمته إن كان قيمياً. والقيمة المعتبرة هي: قيمته وقت عقد البيع، وعلى ذلك فإذا زادت قيمة المبيع أو نقصت بعد ذلك فلا عبرة بهذه الزيادة أو النقصان. ويجب عليه دفع قيمته عند انعقاد البيع بالإضافة إلى المبالغ الضرورية التي أنفقها لإتمام هذا البيع من سمسرة وكتابة العقد ورسوم للتسجيل وخلافه.

ولكن ما حكم الحط من الثمن أو الزيادة عليه؟

إذا حط البائع عن المشتري جزءاً من الثمن انتفع الشفيع بهذا الحط وأخذ المبيع بالباقي من ثمن المبيع بعد الحط.

وأما إذا زاد المشتري في ثمنه بعد انعقاد العقد، فلا يلتزم الشفيع بهذه الزيادة. لأن حقه ثابت في أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه عند تمام المبيع.

** **

(١) الإمام محمد أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد، ص١٨٧.

الباب الثاني

نظرية العقد في الفقه الإسلامي

تمهيد :

من المعروف أن الفقهاء في المذاهب الفقهية المختلفة لم يضعوا نظريات فقهية كما هو الشأن بالنسبة لفقهاء القانون الوضعي. وإنما اهتموا بوضع الجزئيات المتعلقة بالموضوعات في إطار التطبيقات لفروع المعاملات، وهذا المنهج لا يمكن أن يوصف بالقصور أو العجز، لأن الأحكام الفقهية التي وضعها هؤلاء الفقهاء كانت من المرونة بحيث لاتمنع من الاستفادة العملية منها، ولأنهم لم يضعوها في قوالب جامدة مجردة.

ولما كانت العقود هي أم المعاملات، فقد اهتم الشارع الإسلامي بتنظيم قواعدها وتحديد أسسها حتى تقوم العلاقات العقدية على أساس قوي ومتين وهو في نهجه هذا لم يضع نظرية عامة تطبق في جميع العقود، بل إن الفقهاء كانوا يتحدثون عن كل عقد منفرداً، فمثلاً عقد البيع يقومون بتعريفه ثم يذكرون أركانه وشروطه، ثم يتحدثون عن الأحكام المتعلقة به وما يترتب عليه من آثار وهكذا في الإجارة والرهن إلى آخر العقود المختلفة.

والقانون الانجليزي يتفق مع الفقه الإسلامي في هذا المنهج، أما

القانون الفرنسي والإيطالي وغيره من القوانين ذات الأصل اللاتيني فإنها لا تأخذ بذلك. لأنها تهتم بوضع النظريات العامة أكثر من اهتمامها بالأحكام الجزئية.

والعقد سبب من أسباب نقل الملكية، والأصل في الشريعة الإسلامية هو مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الإنسان في إبرام جميع العقود التي يريد انشاؤها: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]. فالخطاب بلفظ الإيمان لـلتكريم والتعظيم أي يامعشر المؤمنين أوفوا بالعقود وهو يشمل كل عقد وعهد بين الإنسان وربه وبين الإنسان والإنسان.[2]

تعريف العقد:

لغة: يطلق على الجمع بين الأشياء والربط بينهما، سواء كان هذا الربط حسياً أو معنوياً، يقال عقدت الحبل وعقدت العقد، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾[3] أي الذين حالفتوهم في الجاهلية على النصرة والإرث فأعطوهم حظهم من الميراث، وقد كان هذا في ابتداء الإسلام ثم نسخ قال الحسن: كان الرجل يحالف الرجل ليس بينهما نسب فيرث أحدهما الآخر فنسخ الله ذلك بقوله: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾

---

(١) سورة المائدة: الآية أولى.

(٢) القاموس المحيط ج١ مادة عقد.

(٣) سورة النساء: الآية ٣٣.

وقال ابن عباس كان المهاجرون حين قدموا المدينة يرث المهاجري الأنصاري دون ذوي رحمه بالإخوة التي آخى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فلما نزلت ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوالي﴾ نسخت[1].

ومن هذا المعنى أيضاً: ﴿لا يُؤاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُم الأيْمان﴾[2] ولذلك سمي العهد والميثاق عقداً لأن فيه تقوية لما تضمنه وعزماً أكيداً على التقيد به وتنفيذه[3].

وشرعاً: اختلف الفقهاء في بيان معناه على رأيين[4]:

الرأي الأول: يطلق لفظ العقد على التصرف الذي يتم بإرادتين كالبيع والإجارة أما التصرف الذي يتم بإرادة واحدة كالهبة والوصية والطلاق والعتاق فلا يسمى عقداً عند هؤلاء، وإنما يسمى تصرفاً أو التزاماً، وهذا الرأي لجمهور الفقهاء[5] من المالكية والشافعية والحنابلة.

الرأي الثاني: يطلق لفظ العقد على كل تصرف يترتب عليه حكم شرعي سواء كان هذا التصرف بإرادة واحدة أم بإرادتين متقابلتين، وهم الحنفية.

ومن الجمهور من عرفه بقوله: « العقود هي كل ما يتوقف على

---

(١) صفوة التفاسير :٣/٣٢٦.

(٢) سورة المائدة: الآية٨٩.

(٣) صفوة التفاسير: ٣/٢٧٤، مختصر بن كثير ١/٣٨٤.

(٤) أ.د.حسين حامد، المدخل: ٢٣٤.

(٥) بداية المجتهد ٢/١٦٩. كشاف القناع ٢/٤٤٨. مغني المحتاج ٤/٥٥٩.

إيجاب وقبول»[1] والقانون المدني يتفق معهم، حيث يقول بالتفرقة بين العقد والإرادة المنفردة. ويجعل كلاً منهما مصدراً مستقلاً للالتزام أو الحق الشخصي، فنص في مادته التاسعة والثمانين «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد وأما الحنفية فقد عرفوه بقولهم: «تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل»[2]

تقسيم:

بعد أن انتهينا من تعريف العقد لغة وشرعاً، سنتحدث عن الأحكام المتعلقة بالعقد من حيث انشائه والآثار المترتبة عليه وذلك في فصلين متتاليين:

الفصل الأول : في انشاء العقد.

والفصل الثاني: في آثاره.

** **

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/٥، ٦.

(٢) العناية على هامش فتح القدير: ٥/٤٧.

الفصل الأول

انشاء العقد

تمهيد وتقسيم:

كل عقد له أركان وشروط، ولكي ينشأ هذا العقد صحيحاً لابد من وجود هذه الأركان وتوافر الشروط المتعلقة بهذه الأركان حتى ترتب عليه آثاره التي قررها الشارع.

والركن هو ما يتوقف الشيء على وجوده ، سواء كان جزءاً من حقيقته أو كان خارجاً عنه، هذا عند جمهور الفقهاء. وأما الحنفية فإنهم يقصرون الركن على ما كان داخلاً في الماهية.»

ولذلك فإن أركان العقد عند الجمهور هي: الصيغة أي الإيجاب والقبول، والعاقدان أي الموجب والقابل، والمحل أي الشيء المتعاقد عليه، وأما الحنفية فإنهم يقولون: «بأن ركن العقد هو الصيغة فقط، ولكن إذا دققنا النظر في كلا الرأيين نجد أن الخلاف بينهما نظرياً فقط لا تترتب عليه أي نتائج عند التعامل، لأن الصيغة إذا كانت هي الركن الأوحد عند الحنفية لكنها تستلزم وجود المتعاقدين والمحل بالضرورة.

ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة، بعضها يشترط لصحته، وبعضها يشترط لنفاذه، وبعضها يشترط للزوجة.

وسوف نتحدث عن هذه الأركان لأنها لازمة لانشائه، ثم نتحدث

عن سبب التعاقد في الفقه الإسلامي، وذلك في أربعة مباحث متتالية.

المبحث الأول: صيغة العقد

المبحث الثاني: العاقدين

المبحث الثالث: محل العقد

المبحث الرابع: سبب العقد في الفقه الإسلامي.

** **

المبحث الأول

صيغة العقد

الصيغة هي الدالة على التراضي، والتراضي هو الركن الجوهري في العقد، والرضا هو ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه [1]. بمعنى أن العقد لا ينشأ على الوجه المشروع إلا إذا كان كل من المتعاقدين راغباً في التعاقد بإرادته الحرة الواعية، فإذا لم تكن له إرادة مطلقاً مثل المجنون والصبي، غير المميز فلا ينشأ عقد مطلقاً، وإذا كانت له إرادة ولكنها معيبة كان العقد غير صحيح.

مظهر التراضي: ولما كان التراضي أمراً نفسياً لا يمكن الإطلاع

---

(١) أ.د. أحمد أبوالفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية: ١٧٣/١.

على حقيقته اطلاعاً كاملاً، لأنه في داخل النفس الإنسانية وضميرها، ولا يطلع على تلك الحقيقة إلا الله عز وجل، لما كان الأمر كذلك وجب أن يكون أمام الناس مظهراً لهذا التراضي يستطيعون من خلاله معرفة هذا الرضا من عدمه، وذلك المظهر يتمثل في الوسيلة التي يبدي بها كل متعاقد رغبته في إبرام العقد وهو ما يسميه الفقهاء بصيغة التعاقد والحديث عن الصيغة يستلزم بيان معنى الإيجاب والقبول وما يتحققان به، ثم نتكلم عن شروط الصيغة، ثم ننتقل للحديث عن التعارض بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وأثرها في انشاء التصرفات في الفقه الإسلامي والإرادة المنفردة وأثرها في انشاء العقود والتصرفات في أربعة مطالب متتالية.

** **

المطلب الأول

الإيجاب والقبول

الإيجاب هو: ما يبدأ به أحد المتعاقدين، حيث يبدي رغبته في التعاقد بالوسيلة التي يراها مناسبة لمقتضى الحال.

والقبول هو: ما يبدأ به المتعاقد الآخر رداً بالموافقة على عرض المتعاقد الأول.

فإذا قال أحد المتعاقدين: بعتك هذا المنزل بخمسة آلاف جنيه،

وقال المتعاقد الآخر: قبلت، كان ما صدر عن البائع إيجاباً وما صدر عن المشتري قبولاً. ولو قال المشتري: بعني هذا المنزل بخمسة آلاف من الجنيهات، وقال البائع قبلت كانت عبارة المشتري إيجاباً وعبارة البائع قبولاً. هذا عن الحنفية.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن: الإيجاب هو ما يصدر من المالك وهو هنا البائع، والقبول هو ما يصدر من المتملك وهو هنا المشتري، حتى ولو عبر المشتري عن إرادته أولاً، لأنه لا عبرة عندهم بما يصدر أولاً أو ثانياً من الألفاظ.

وهذا الخلاف أيضاً نظري لا تترتب عليه نتائج عملية لأن كل عبارة تصدر من المتعاقدين في أي عقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، تعتبر إيجاباً وقبولاً وأن اطلاق لفظ الإيجاب على احداهما، واطلاق لفظ القبول على الأخرى ما هي إلا تسمية اصطلاحية»[1]

ما يتحقق به الإيجاب والقبول:

الإيجاب والقبول يتحقق بالألفاظ وبغير الألفاظ كالكتابة أو الإعارة أو الفعل، وستتحدث عن كل وسيلة من هذه الوسائل بإيجاز:

أولاً : التعاقد بالألفاظ:

أن الأصل في التعاقد طبقاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي هو

(١) د.محمد يوسف موسى:الأموال ونظرية العقد، ص٢٥٤ وما بعدها.

أن يكون التعاقد بالألفاظ، إذ هو الأسلوب المعتاد في التعبير عن الإرادة ، وإظهار الرغبة في التعامل، وكل ما يشترط في اللفظ: أن يكون دالاً على المعنى المقصود دلالة واضحة خالية من أي لبس أو غموض. إلا أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية، قد استثنوا من هذا الأصل عقد الزواج فقالوا: أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظ الزواج أو النكاح وما أشتق منهما: كزوجتك وتزوجتك وانكحتك ونحو ذلك، وحجتهم في ذلك: أن الزواج له أهمية خاصة فهو ليس كغيره من العقود لأنه يترتب عليه مصالح كثيرة كتكوين الأسر وولادة الأولاد. فهو إذا مشتمل على جانب تعبدي يلزمنا بالتقيد بالألفاظ التي وردت عن الشارع فيه ولا نتعداها إلى غيرها. من ذلك قوله تعالي: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاع﴾[1] وقال أيضاً: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا﴾[2]، وقال عليه السلام: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج» فيجب إذا الاقتصار على هذين اللفظين-الزواج والنكاح- وما اشتق منهما عند عقد الزواج[3].

كذلك فإن الأصل في العقود أنها تنعقد بصيغة الماضي، كبعت ووهبت ورهنت لأن صيغة الماضي وإن دلت لغة على حدوث الشيء في الزمن الماضي قبل التكلم فإن الشارع قد اعتبر اللفظ الدال على الإخبار عن الماضي انشاء في جميع العقود للحال عند الجميع بلا

(١) سورة النساء: الآية ٣.

(٢) سورة الأحزاب: الآية ٣٧.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٤١٩/٣. مغني المحتاج: ١٢٣/٣. كشاف القناع ٢/٥.

خلاف[1].

وأما صيغة المضارع فالأصل أنها لا تدل على انعقاد العقد ولكن إذا صاحب النطق بها النية. ووجدت قرينة تدل على انشاء العقد في الحال اعتبر منعقداً بناء على هذه القرينة التي نفت إرادة الانعقاد في المستقبل أو نفت اعتبار اللفظ مجرد وعد بالتعاقد. فإذا قال البائع للمشتري أبيع لك هذه السيارة الآن بثلاثة آلاف من الجنيهات مثلاً، قال المشتري قبلت أو اشتريت. انعقد العقد في هذه الحالة بفعل المضارع لوجود قرينة «الآن» التي تدل على انشاء العقد في الحال.

أما إذا كان المضارع بصيغة الاستقبال كما إذا اقترن المضارع بالسين أو سوف. مثال ذلك: ما إذا قال البائع سأبيعك بكذا أو سوف أبيعك بكذا. فإن المضارع في هذه الحالة لا يصلح لإنشاء العقد. لأن اقترانه بالسين أو سوف يعتبر قرينة لفظية على أنه لا يقصد به انشاء العقد في الحال، كما أن هذه الصيغة تفيد الوعد بالعقد وبالتالي فإن العقد لا ينعقد بذلك.

وأما صيغة الأمر: فالأصل أنها للطلب، لذلك فإنها لا تفيد التعاقد ولا تدل عليه كما قرر ذلك جمهور الفقهاء، هذا عند عدم وجود قرينة تدل على إرادة التعاقد.

أما في حالة وجود قرينة تدل على قصد انشاء العقد بها فقد

(١) انظر حاشية الدسوقي: ٣/١٢٣. الهداية: ٣/١٧. مغني المحتاج :٣/٥. كشاف القناع: ٢/٣.

اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بها على النحو التالي:

جمهور الفقهاء: يرى أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد إذا وجدت قرينة تدل على قصد انشاء العقد في الحال، لأنها في هذه الحالة تكون واضحة في اظهار إرادة التعاقد كما إذا قال رجل لوكيل المرأة -في حضور المدعوين والشهود- زوجني موكلتك بمهر مقداره كذا، فقال وكيل المرأة: زوجتك، انعقد العقد لوجود القرينة المعنوية، وهي دعوة الناس لحضور عقد القرآن، فهذه القرينة تدل على انشاء العقد في الحال.

وأما الحنفية: فيرون أن صيغة الأمر لا ينعقد بها العقد مطلقاً، لأن هذه الصيغة تستخدم في الطلب، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً، فإذا قال البائع للمشتري: اشتر مني هذا الشيء بألف من الجنيهات مثلاً وقال المشتري اشتريت، فإن العقد لا ينعقد[1]، لأن البائع يطلب من المشتري إيجاباً لا يحتاج منه إلى قبول. هذا وقد استثنوا من ذلك عقد الزواج لأنه يسبقه عادة الخطبة والاتفاق على المهر.

أما الجملة الاسمية: فإن العقد ينعقد بها في الحال، لأنها تدل على الثبوت والحصول بالفعل فإذا قال: أنا مشتر منك هذه السيارة بكذا فقال له مالكها وأنا مبيعها لك انعقد العقد[2].

(١) بدائع الصنائع: ١٢٣/١.

(٢) أ.د. رمضان الشرباصي، المدخل، ص٢٩٦.

ثانياً : التعاقد بالكتابة:

يرى جمهور الفقهاء أن التعاقد بالكتابة صحيح سواء كان طرفا العقد حاضرين، أو كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً، وسواء كانا قادرين على النطق أو غير قادرين عليه، لأن الكتابة واضحة في الدلالة على اظهار الإرادة في انشاء العقد، فمناط العقد هو الرضا، ومن المعلوم أن الرضا أمر خفي، فاعتبر الشارع ما يدل عليه من مظاهر خارجية باللفظ أو الكتابة والتعاقد بالكتابة إما أن يكون بين حاضرين، وإما أن يكون بين غائبين:

فإذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد، وكان التعاقد بينهما كتابة، فإن هذا العقد يكون صحيحاً أيا كان نوعه إلا عقد الزواج فإنه لا ينعقد من الحاضرين في مجلس واحد إلا إذا كان أحدهما عاجزاً عن النطق بالعبارة، لأن شرط صحة الزواج حضور الشهود وسماعهم عبارة العاقدين[1].

ومثال ذلك: إذا كان طرفا العقد حاضرين في مجلس واحد، وكتب أحدهما للآخر: بعتك سيارتي بخمسة آلاف، فكتب له الآخر قبلت. انعقد العقد بينهما، هذا وقد خالف الشافعية والإباضية الجمهور: وقالوا بعدم صحة انعقاد العقد بالكتابة إلا للضرورة، وفي حالة حضور العاقدين وقدرتهما على النطق لا توجد ضرورة. لأن اللفظ أظهر من الكتابة في الدلالة على الإرادة، فلا يجوز العدول عنه

(١) البدائع: ١٣٨/٥. فتح القدير: ٧٩/٥.

إلى الكتابة إلا عند العجز من النطق، ولذا لم يجيزوا التعاقد بالكتابة إلا للأخرس العاجز عن النطق[١].

والراجح ما قال به جمهور الفقهاء لأنه يتفق مع مقتضيات التعامل في العصر الحاضر وعرف الناس وعاداتهم.

وأما إذا كان التعاقد بالكتابة بين غائبين فإن العقد يكون صحيحاً مطلقاً، دون تفرقة بين عقد الزواج وغيره من العقود، بشرط أن يتم القبول في مجلس بلوغ الكتاب لأن من شروط الصيغة: اتصال الإيجاب بالقبول، ولذا يجب ألا يتأخر القبول عن الإيجاب فإذا تأخر عنه لم يعقد العقد. والرسول مثل الكتاب في الحكم ويقاس على ذلك جواز التعاقد بالتليفون والفاكس والتلكس لحصول التراضي بأي وسيلة من هذه الوسائل[٢].

ثالثاً: التعاقد بالإشارة:

الإشارة لغة: تعيين الشيء باليد ونحوها. والتلويح بشيء يفهم منه المراد، وهي وسيلة من الوسائل التي يعبر بها الإنسان عن مكنون نفسه[٣] أو إرادته الباطنة.

(١) المهذب: ٥٠٧/١. شرح النيل: ١٠/٢.

(٢) شرح فتح القدير: ٢٥٤/٢. روضة الطالبين: ١٣٨/٣. كشاف القناع: ١٤٨/٣.

(٣) المعجم الوسيط: ١٦٩/١.

المتعاقد إما أن يكون عاجزاً عن النطق والكتابة، وإما أن يكون قادراً على النطق أو الكتابة فإذا كان عاجزاً عن النطق والكتابة كالأخرس الذي لا يعرف الكتابة فإن تعاقده بالإشارة جائز وصحيح. لأن الإشارة هي الوسيلة الوحيدة الممكنة بالنسبة له، للتعبير عن إرادته في إنشاء أي عقد من العقود.

وأما إذا كان قادراً على النطق أو الكتابة فيرى جمهور الفقهاء أنه لا يجوز له أن يتعاقد بإشارته لأن اللفظ أو الكتابة أوضح في الدلالة على الرضا وعلى اظهار رغبته في التعاقد من الإشارة. ولذلك لا يجوز اللجوء إلى التعبير بالإشارة إلا عند العجز عنهما. وعلى ذلك يجوز للأخرس أن يتعاقد بإشارته المفهومة، سواء أكان خرسه أصلياً منذ الميلاد، أو عرضياً وكان دائماً حتى وقع اليأس من كلامه[1].

هذا، وقد خالف المالكية جمهور الفقهاء: حيث قالوا بجواز التعاقد بالإشارة حتى ولو كان التعاقد قادراً على التلفظ وعلى الكتابة، إذ العبرة في التعاقد عندهم أن يتم بما يدل على الرضا عرفاً.

فقد جاء في حاشية الصاوي على الشرح الصغير: «أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً، سواء دل عليه لغة أو لم يدل كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة، ولم تتقيد الإشارة بأن تكون من الأخرس فإشارة غير الأخرس معتبرة»[2]

(١) البدائع:٥/١٣٥. الأشباه والنظائر لابن نجيم:٥/١٥٥. المغني:٤/١٥٥.
(٢) حاشية الصاوي:٢/٣. حاشية الدسوقي:٣/٣.

رابعاً : التعاقد بالفعل (المعاطاة):

التعـاقد بالتـعاطي بالتـعاطي أو بالـفعل أو بالمعـاطاة: هو التعـاقد بالمبادلة الفـعلية الدالة على التراضي، وهذا النـوع من التعامل متـعارف بين الناس، وقد اختلف الفقهاء فيه على النحو الآتي:

١- يرى بعض الفقهاء: (الشافعية والشيعة الجعفرية) يقولون بجواز التعاقد بالمعـاطاة بشرط أن تكون من الجانبين وأن تكون المعاطاة دالة على رضـاهما وأن يكون محل العقد قليل القيمـة ونعني بالمعـاطاة من الجانبين: أن يتم تسـليم العوضين من الجـانبين بأن يأخـذ المشتـري السلعـة ويدفع ثمنهـا إلى البـائع دون تلفظ من الجانبين-وأوضح مثال على ذلك الخبز وأيّ سلعة معلومة الثمن حيث يدفع المشتري الثمن ويأخذ السلعة المشتراة وينصرف.

أما إذا كـانت المعاطاة من جانب واحد، فـإن العقد لا ينعـقد عند بعض الفقهاء وينعقد عند البعض الآخر ولكنه لا يكون لازماً.

وأمـا الشـرط الثـاني: وهو كـون المعـاطـاة دالة على الرضـا، فـإذا وجدت قـرينة تنفي الدلالة على الرضـا، كمـا إذا كان التـعاطي مـجرد تنفيذ لعقـد سابق بين المتعاقدين وكان هذا العقـد السابق باطلاً أو فاسداً لأي سبب من الأسـباب، انعدمت الدلالة المسـتفادة من التـعاطي وبقي العقد باطلاً أو فاسداً بعد التنفيذ كما كان قبل التنفيذ.

وأما الشـرط الثالث: أن يكون محل العقـد قليل القيـمة: أي أن

يكون محل العقد من الأشياء الخسيسة وليس من الأشياء النفيسة، والشيء الخسيس هو ما قلت قيمته كالخبز وأنواع الخضار المختلفة. والنفيس هو الأكثر قيمة كالذهب والفضة والعقارات[1].

٢- يرى الحنفية والمالكية والحنابلة: جواز التعاقد بالمعاطاة في غير الزواج مادام الناس قد تعارفوا على ذلك سواء التافه والنفيس[2].

٣- يرى الأباضية: عدم جواز التعاقد بالمعاطاة لعدم وضوح الأفعال في الدلالة على الإرادة عدا التافه من الأمور. هذا وقد أجازه بعضهم أيضاً[3].

وأما السكوت: فهو من مظاهر التعبير عن الإرادة ولكنه يختلف عن جميع المظاهر الأخرى بأنه موقف سلبي محض، فالساكت لم يعبر بطريق إيجابي عن أي إرادة لذلك قيل في الفقه الإسلامي لاينسب لساكت قول: «ويصدق هذا على الإيجاب دون القبول، لأن الإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت. وأما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملابسة، ولذلك قيل: تكملة للعبارة الأولى ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً»[4].

** **

---

(١) إعانة الطالبين ١٠٩/٣. مفتاح الكراهة ١٥١/٤.

(٢) الفتاوى الهندية ٤/٣. فتح القدير ٧٧/٥. الشرح الصغير للدردير٣/٢. المغني٤٠/٤.

(٣) شرح النيل: ١١/٣.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم٧٨. والأشباه والنظائر للسيوطي ٩٧ ، ٩٨.

المطلب الثاني

شروط الصيغة

الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول، وهي المنشئة للعقد والدالة على وجود الرضا بين المتعاقدين، وقد انتهينا من الحديث عن معناهما وفيما يتحققان به فيما سبق، وستحدث في هذا المطلب عن شروط هذا الركن المهم .

وتتلخص الشروط التي اشترطها الفقهاء في الإيجاب والقبول فيما يأتي:

١ - وجوب مطابقة القبول للإيجاب في جميع المسائل التي وردت به.

٢ - ألا يفصل بين الإيجاب والقبول، فاصل يدل على الإعراض عرفاً.

٣ - أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

٤ - أن يكون موضوعهما قابلاً لحكم العقد شرعاً.

(الشرط الأول) : وجوب مطابقة القبول للإيجاب مطابقة فعلية أو ضمنية في جميع المسائل التي وردت به.

فهذا الشرط يعني أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ومتوافقاً معه في جميع الجزئيات التي يشتمل عليها، فإذا خالف القبول الإيجاب في جزئية أو مسألة واحدة لم ينعقد العقد لعدم تطابق الإيجاب مع القبول[1].

مثال ذلك: ورود الإيجاب على محل معين والقبول على محل آخر غير المحل الأول، كأن يقول إنسان لآخر بعتك هذه السيارة بعشرة آلاف، فيرد عليه الآخر بقوله: قبلت شراء هذه الكمية من القمح بعشرة آلاف.

أو ورود الإيجاب مقيداً بوصف معين والقبول مقيداً بوصف آخر مخالف للأول. كأن يقول إنسان لآخر بعتك هذه السيارة بألفين حالاً، فيرد عليه الآخر بقوله: قبلت شراءها بألفين مؤجلة.

ويستثنى من ذلك: إذا كان عدم التطابق بين القبول والإيجاب راجعاً إلى مصلحة الموجب. فإن العقد يكون صحيحاً ومنعقداً رغم هذه المخالفة لأنها مخالفة غير حقيقية.

مثال ذلك: أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه السيارة بألفين،

---

(١) اعانة الطالبين٣/١٠٩. حاشية ابنت عابدين٤/١٦. حاشية الدسوقي٤/٢. المغني٤/٤٠.

فيقول المشتري قبلت شراءها بألفين ومائة. فهذا القبول في صالح البائع لأنه يخالف الإيجاب مخالفة ظاهرية فقط. ولذلك إذا قبل البائع هذه الزيادة في مجلس العقد فإن المشتري يكون ملتزماً بالوفاء بها. ففي هذا المثال توافق ضمني بين الإيجاب والقبول.

(الشرط الثاني): ألا يفصل بين الإيجاب فاصل يدل على الإعراض عرفاً:

وهذا الشرط معناه: أن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس العقد، فإذا صدر القبول عقب الإيجاب مباشرة في المجلس فإنه بإجماع الفقهاء يتم انعقاد العقد، ولكن إذا حصل انفصال زمني بين الإيجاب والقبول الذي صدر في المجلس بالفعل فإن جمهور الفقهاء [1] يقولون بانعقاد العقد طالما أنه لم يصدر من المتعاقدين ما يفيد الإعراض عن التعاقد، ولكن الشافعية يرون[2] : أن شرط الاتصال لا يكون متحققاً إذا وجد فاصل زمني طويل بين الإيجاب والقبول حتى ولو كان مجلس العقد قائماً، وذلك كما إذا انشغل أحد العاقدين بموضوع آخر غير موضوع التعاقد. لأن الكلام الأجنبي يعد إعراضاً عن القبول. هذا إذا كان التعاقد بين حاضرين. أما إذا كان التعاقد بين شخصين أحدهما حاضر والآخر غائب عن طريق المراسلة أو رسول، فإن مجلس العقد يتحدد بزمن قراءة الرسالة أو ابلاغ محتواها عن طريق الرسول. وعلى ذلك يجب أن يكون القبول في مجلس قراءة الرسالة أو مجلس العلم

---

(١) الفتاوى الهندية ٢/٤. تهذيب الفروق٣/١٨١.

(٢) مغني المحتاج ٢/٥.

بمحتواها بواسطة الرسول لكي يتحقق شرط اتصال القبول بالإيجاب.

(الشرط الثالث): أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

العقود التي لا يشترط فيها القبول في المجلس:

أ - الوصية: وهي تمليك مضاف لما بعد الموت. ومن هذا التعريف يتضح لنا أن التمليك لا يكون في حياة الموصي، لذلك فلا معنى لاشتراط اتصال القبول بالإيجاب مباشرة، وإنما يجوز للموصي إليه أن يقبلها في حياة الموصي كما يجوز له أن يقبلها بعد وفاته.

ب - الإيصاء: وهو: جعل الغير وصياً على أولاده بعد مماته ليتولى الإشراف عليهم. وطالما كان الإشراف بعد وفاة الموصي. لذلك يجوز للموصي إليه أن يقبل هذه الوصاية بعد وفاة الموصي، كما أن له يرفضها، فإذا قبلها صح الإيصاء وإذا رفضها لم يصح الإيصاء.

ج - الوكالة: أن يقوم جائز التصرف بإنابة مثله فيما تدخله النيابة كعقود البيع والإجارة والهبة والزواج.. لذلك لم يشترط الفقهاء من الوكيل قبول الوكالة في المجلس. وإنما أعطوا له الحق في قبولها في المجلس وبعده. لأن الغرض من هذه الوكالة هو المساعدة والمعاونة.

د - عقد الهبة: يجوز للموهوب له عند المالكية أن يؤخر قبوله بعد مجلس العقد.

(الشرط الرابع) : أن يكون موضوعها قابلاً لحكم العقد شرعاً؛ لأن الشارع إذا كان قد حرم أشياء معينة، فإن هذه الأشياء المحرمة لا تكون محلاً للعقد كلحوم الميتة والدم.

هذا وقد زاد الشافعية شروطاً أخرى منها:

٥ – أن يصر الموجب على إيجابه حتى يصدر القبول، فإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل أن يصدر القبول فإن العقد لا ينعقد.

٦ – أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب.

٧ – أن تستمر أهلية المتكلم بالصيغة إلى أن يتم القبول.

٨ – أن يتلفظ كل منهما بحيث يسمعه الآخر .

٩ – ألا يعلق الصيغة بشرط لا يقتضيه العقد[1].

مبطلات الإيجاب:

يبطل الإيجاب بسبب من الأسباب الآتية:

أولاً : رجوع الموجب عن إيجابه: ويستوي في ذلك الرجوع الصريح أو الرجوع الضمني، ويمثل للرجوع الصريح بقول الموجب رجعت عن إيجابي، أو أنا لا أرغب في إتمام هذا العقد.

ويمثل للرجوع الضمني: بأن يصدر منه ما يفيد الإعراض عن التعاقد، كإعراض الموجب عن الحديث في العقد وحديثه أو انشغاله بأمر خارج عن موضوع العقد.

---

(١) حواشي الشرواني ٤/٣٠٢٢. روضة الطالبين ٣/ ٣٤٠، ٣٤١.

هذا وقد ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى: أن للموجب الرجوع في إيجابه في أي وقت يشاء طالما أن المتعاقد الآخر لم يصدر منه القبول. ولا فرق في ذلك بين الرجوع الصريح أو الضمني.

وقد استند الجمهور إلى ما يأتي:

١- أن الموجب له حق الملك وبصدور الإيجاب منه يكون قد أثبت للمتعاقد الآخر حق التمليك، وللموجب أن يمنعه من هذا الحق برجوعه في إيجابه مثل الموكل فإن له عزل الوكيل في أي وقت يشاء.

٢- أن إيجاب الموجب لم ينشئ التزاماً مطلقاً، وإنما ينشيء التزاماً مقيداً بقيد هو: قبول من وجه إليه الإيجاب، فإذا قبل انعقد العقد وإلا فلا ينعقد أي أن الإيجاب لا يكون التزاماً قبل قبول القابل وإنما مجرد عرض لا يثبت حقاً ولذلك يجوز الرجوع فيه طالما لم يحدث قبول من الطرف الآخر.

وذهب المالكية إلى أن: الموجب لا يجوز الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر. فالموجب ملزم بالبقاء على إيجابه طالما بقي مجلس العقد ولو رجع الموجب عن إيجابه ثم قبل الطرف الآخر ما ورد بالإيجاب، فإن العقد ينعقد ولا عبرة برجوعه عن الإيجاب.

---

(١) فتح القدير ٨٧/٥. مغني المحتاج ٦/٢. مصادر الحق للدكتور السنهوري ١٦/٢.

وقد استند المالكية إلى ما يأتي:

أن الموجب اثبت حق القبول أو الرفض للطرف الآخر بمجرد صدور الإيجاب منه، وهذا الحق المقرر للقابل مقيد بمدة مجلس العقد، وعلى ذلك فلا يكون للموجب الرجوع عن إيجابه طالما أن هذا المجلس منعقد، لأن في إعطائه حق الرجوع قبل القبول يترتب عليه ابطال حق الغير، وابطال حق الغير لا يجوز[1].

هذا وقد وافق القانون المدني رأي الجمهور حيث نفى في مادته الرابعة والتسعين على أنه:

١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.

ولكن القانون المدني قد أخذ برأي المالكية في حالة ما إذا عين ميعاد للقبول لأن تحديد ميعاد للقبول يترتب عليه اعتبار الإيجاب ملزماً خلال هذه الفترة، فقد نص في المادة(٩٣) منه على أنه:

١- إذا عين ميعاداً للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

---

(١) مواهب الجليل للحطاب:٤/٢٤١.

ثانياً: موت الموجب أو فقده للأهلية:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن: موت الموجب قبل صدور القبول من الطرف الآخر، أو فقده لأهليته بالجنون أو ما يشابهه يترتب عليه سقوط الإيجاب، ولذا لو صدر القبول بعد موت الموجب أو فقده لأهليته فإن العقد لا يكون منعقداً لأن الإيجاب قد سقط.

وقد خالف الإباضية ماذهب إليه الجمهور وقالوا: بأن للمتعاقد الآخر أن يرفض التعاقد أو يقبله حتى بعد موت الموجب أو فقده لأهليته، لأن الإيجاب لا يسقط بموت الموجب عندهم[1].

هذا، وقد أخذ القانون المدني برأي الأباضية في مادته الثانية والتسعون: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل» .

ثالثاً : رفض الإيجاب ممن وجه إليه:

فإذا قام الطرف الآخر برفض هذا الإيجاب صراحة أو ضمناً فإنه يؤدي إلى سقوطه وبطلانه، والرفض الصريح مثل قوله: رفضت التعاقد، أو لا أرغب فيه وما شابه ذلك، والرفض الضمني مثل: انشغاله بأمر خارج عن موضوع التعاقد ولا يتصل به، وعلى هذا لو

(١) شرح النيل: ١١/٣.

صدر القبول منه بعد رفضه فإن العقد لا ينعقد لأن قبوله هذا يعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول، ولذا فإن العقد لا يكون منعقداً إذا لم يصدر منه هذا القبول.

رابعاً: موت من وجه إليه الإيجاب أو فقده لأهليته:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن موت من وجه إليه الإيجاب قبل صدور القبول منه، أو فقده لأهليته بالجنون أو ما يشابهه، يترتب عليه سقوط الإيجاب، وعلى ذلك لو صدر القبول من ورثته من بعده لم ينعقد العقد، لأن القبول لا يورث باعتباره حقاً من الحقوق الشخصية.

وقد خالف الإباضية ما ذهب إليه الجمهور وقالوا: إن الإيجاب لا يسقط ولا يبطل بموت من وجه إليه أو فقده لأهليته، بل ينتقل هذا الحق إلى ورثته في حالة موته وإلى وليه أو القيم عليه عند فقده لأهليته. هذا وقد اختلف فقهاء القانون المدني أيضاً في هذه الحالة:

يرى بعضهم: أن الإيجاب يسقط، ولا يجوز لورثته أو لنائبه أن يصدر قبولاً لأن القبول رخصة شخصية مقصورة على صاحبها ولا تنتقل إلى غيره[1].

ويرى البعض الآخر: أن الإيجاب لا يسقط في هذه الحالة، طالما أن العقد إبرامه ليس من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي طالما أن

(١) مصادر الالتزام للدكتورعبدالمنعم الصده، ص٩٤.

الإيجاب مازال قائماً[1].

ويرى البعض أن الإيجاب لا يسقط إذا كان الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه لأن التزام الموجب هذا يقابله حق للموجه إليه الإيجاب ينتقل إلى ورثته. ولنائبه أن يباشره بالنيابة عنه، أما إذا كان الموجب غير ملزم بالبقاء على إيجابه لم يجز لورثة الموجه إليه الإيجاب أو لنائبه القبول[2].

الرأي الراجح: ذهب أستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي إلى ترجيح الرأي الأول لأن القبول مسألة شخصية ورخصة من الرخص لا يستخدمها إلا من وجه الإيجاب له، وهذا الرأي يتفق مع الأعمال التحضيرية، ومع ماذهب إليه الجمهور.

خامساً: انقضاء مجلس العقد:

إن انتهاء مجلس العقد بافتراق المتعاقدين أو بإعراضهما أو بإعراض أحدهما عن موضوع التعاقد يترتب عليه سقوط الإيجاب.

سادساً: هلاك محل التعاقد:

إن هلاك الشيء موضوع التعاقد، يترتب عليه سقوط الإيجاب، سواء أكان الهلاك كلياً أو جزئياً.

** **

(١) النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبدالحي حجازي،ص٨.

(٢) أصول الالتزامات: ١١٦/١.

المطلب الثالث

التعارض بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة وأثره في انشاء العقود

التراضي هو أساس انشاء أي عقد من العقود في الفقه الإسلامي، ولما كان التراضي أمر نفسي لا يمكن الاطلاع على حقيقته اطلاعاً كاملاً، لأنه في داخل النفس الإنسانية وضميرها، ولا يطلع على تلك الحقيقة إلا الله عز وجل، لذلك أقام الشارع عبارة المتعاقدين المتمثلة في الصيغة -الإيجاب والقبول- لفظاً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، دليلاً عليه وقرينة على وجوده.

ويجب ملاحظة أن الصيغة التي تمثل الإرادة الظاهرة في إنشاء العقد، لا تعتبر دليلاً قاطعاً على وجود الإرادة الباطنة -التراضي- في انشاء العقد والرغبة في تحصيل وتحمل ما يترتب عليه من ثمار وآثار، لأنه في بعض الحالات تتوافر دلائل واضحة تدل على عدم وجود الرغبة في انشاء العقد أو الرضا به، مثل تعاقد المجنون أو السكران من غير قصد هذا التعاقد، أو تعاقد المكره والهاذل مع قصد التعاقد من غير رضى بالنتائج والآثار المترتبة عليه.

وفي حالات أخرى: تتجه نية المتعاقد إلى قصد الصيغة المنشئة للعقد وقصد استخدامها في المعنى الذي تفيده وتؤدي إليه ، ولكنه لا يقصد تحصيل النتائج والآثار التي رتبها الشارع وقررها، وإنما يبغي

تحصيل هدف وغرض يتنافى مع قصد الشارع، ويتناقض مع النتائج والآثار التي رتبها عليه. مثال ذلك: أن يعقد شخص قرانه على امرأة مطلقة ثلاثة طلقات بغرض حلها لمطلقها، وبيع السلاح لمن يقطع به الطريق، وبيع العنب لمن يعصره خمراً، ونحو ذلك.

ويجب أن يكون معلوماً أن الفقهاء قد أجمعوا على انعقاد العقد وترتب آثاره عليه، إذا اتفقت الإرادتان الظاهرة والباطنة على انشائه، أما إذا خالفت الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فإنهم اختلفوا في ذلك على النحو الآتي:

فريق يرى أن العبرة بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة، لأنها الأساس الذي تبنى عليه الأحكام، أما الإرادة الظاهرة فما هي إلا دليل على ما كمن في النفس وما خفي في الضمير.

واستدل هذا الفريق بقوله عليه الصلاة السلام: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى» وعلى ذلك فإن عقد الهازل باطل لأنه لم يقصد انشاء العقد والالتزام بنتائجه وآثاره، بل قصد مجرد اللعب واللهو والعبث، كما أن عقد المكره يكون باطلاً أيضاً، لأن العبارة التي تلفظ بها لم يقصد بها إنشاء العقد، وإنما قصد بها اتقاء شر المكره بكسر الراء، ورفع الأذى عن نفسه. هذا هو رأي الحنابلة والمالكية.

وفريق آخر يرى: أن العبرة بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، لأن الأحكام الدنيوية كلها مبنية على الظاهر، لأنه الأمر المنضبط التي

تستقر عليه شئون الحياة خاصة فيما يتعلق بالمعاملات، أما النوايا فهي أمور خفية ليس في وضع البشر الاطلاع عليها، وعلى ذلك فإن عقد الهازل يكون صحيحاً إذا كانت العبارة التي تلفظ بها واضحة الدلالة على إرادة انشاء العقد.

الراجح: هو الرأي الثاني لأنه يؤدي إلى استقرار التعامل ، لأن الاعتداد بالإرادة الباطنة في جميع الحالات يترتب عليه زعزعة الثقة بين الناس،إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد، واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، لأن هذه الإرادة لا شأن لنا بها، ولأنها ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، لأن الذي يعنيه هي الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فهذه تعتبر ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد.

من أجل ذلك يقف الفقيه عند الصيغ الواردة في الفقه ويحللها تحليلاً موضوعياً ليستخلص منها المعاني السائغة، ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين المشتركة[1] وإذا نظرنا إلى القوانين الوضعية لوجدنا أنهم يختلفون أيضاً في هذه المسألة :

فمنهم: من يؤيد الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة كالفقه الغربي وخاصة الفقه اللاتيني الذي يدخل في دائرته القانون المدني الفرنسي

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي،أ.د.عبدالرازق السنهوري،ص٢٩ ومابعدها.

الذي استمد منه القانون المدني المصري أحكامه. فقد نص على أن العبرة بالإرادة الباطنة وأن العبارة دليل على الإرادة، ولكنه دليل يقبل إثبات العكس.

ومنهم: من يؤيد الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة ومنهم من يتوسط بين هاتين النظريتين وبعد هذه الكلمة الموجزة ستعرض للتطبيقات التي ذكرها الفقهاء لاختلاف العبارة. أو الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة مع ذكر أقوالهم في جميع هذه الحالات:

١ - حالة عدم قصد النطق بالعبارة المنشئة للعقد.

٢ - حالة قصد النطق بالعبارة مع عدم العلم بمعناها، أو دون قصد لمعناها.

٣ - حالة قصد النطق بالعبارة مع العلم بمعناها، دون قصد انشاء العقد.

٤ - حالة ما إذا كان القصد من التعاقد تحقيق ما يتنافى مع قصد الشارع.

وسنتحدث عن كل حالة من هذه الحالات مع توضيح التطبيقات المتعلقة بها فيمايلي:

أولاً : حالة عدم قصد النطق بالعبارة:

إذا صدرت العبارة من شخص لا يقصدها مطلقاً، فإن هذه العبارة

لا يعتد بها، مثل عبارة المجنون والنائم والمغمي عليه، فهؤلاء الأشخاص لا يعرفون ماذا يقولون.

ولا يعلمون النتائج والآثار التي تترتب على مقولتهم، لذلك اتفق الفقهاء على بطلان العقود الصادرة منهم، لأن الشارع إنما يعتد بالعبارة باعتبارها قرينة ودليلاً على الإرادة الباطنة والرضا الخفي، فإذا اتضح أن المتحدث بهذه العبارة لا إرادة له ولا قصد لديه، كانت عبارته في هذه الحالة ملغاة، لأنه لا عبرة بالقرائن التي تقيد الظن، إذا قام الدليل القطعي الذي يهدم هذا الظن من أساسه، وكون المتحدث أو المتعاقد مجنوناً أو نائماً أو مغمي عليه يعتبر دليلاً واضحاً على انعدام الإرادة وانتفاء الرضا. هذا وقد اختلف الفقهاء في حالات لا يقصد المتكلم النطق بالعبارة، مثل السكر والخطأ والنسيان، فالسكران والمخطئ والناسي لا يقصد كل منهم التلفظ بالعبارة ، ورغم هذا فقد رتب بعض الفقهاء أثراً شرعياً على عباراتهم[1].

وسنورد آراء الفقهاء في هذه الحالات فيمايلي:

١- السكران:

هو الشخص الذي استتر عقله نتيجة لتناول المواد المسكرة، مثل الخمر بأنواعه المختلفة، حتى صار لا يعرف ماذا يقول.

وقد اختلف الفقهاء في صحة عقود السكران وتصرفاته إلى

(١) المدخل: أ.د.حسين حامد، ص٢٦٠.

مايأتي:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء: أن عبارة السكران صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها، لأن السكران عقله قائم وإن كان في غفوة من السكر، فهو لم يفقد عقله تماماً كالمجنون، ولما كان تعاطي المسكرات بإرادة السكران واختياره مع علمه بالحرمة، لذلك وجب ألا يكون السكر سبباً في التحلل من الواجبات الملقاة على عاتقه من عبارته، فالسكر جريمة ولذلك يجب ألا يستفيد المجرم من جريمته، وعلى ذلك فبيعه صحيح وطلاقه نافذ، وهذا هو رأي الحنفية والزيدية وأحد قولي الشافعي وبعض المالكية[1].

الرأي الثاني: يرى الحنابلة وبعض المالكية وأحد قولي الشافعي: أن عبارة السكران لا تصلح لإنشاء العقود مطلقاً، فعبارته لاغية لا يترتب عليها أي التزام أو أثر، لأن السكران فاقد الوعي لا يقصد العبارة أو الألفاظ التي نطق بها، ونظراً لفقده الإدراك فإن عبارته لا تكون دليلاً على رضاه بالتعاقد، فهو كالمجنون والنائم والمغمى عليه، ومما هو معلوم أن الرضا أساس كل عقد فإذا لم يتوافر كان العقد منعدماً وباطلاً[2].

الرأي الثالث: يرى الشافعية وبعض الحنابلة[3] أنه يجب التفرقة بين أن يسكر إنسان بمحرم أو بغير محرم، فإن كان السكر بمحرم فإن

(١) حاشية بن عابدين:٢/٢٣٤. مغني المحتاج:٢/٧ وحاشية الدسوقي:٣/٥.

(٢) نهاية المحتاج:٢/٢. الفتاوى لابن تيمية ٦٥٠.

(٣) المغني:٣/١٠٢. شرح الخرشي:٥/٨ . الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢٣٦.

تعاقده يكون صحيحاً، وتترتب عليه جميع آثاره، لأنه تناول المسكر باختياره وإرادته مع علمه بالتحريم.

وأما إن كان السكر بغير محرم كتناول الدواء مثل البينج ونحوه فإن تعاقده لا يكون صحيحاً ولا يترتب عليه أي اثر ، لأن إلزامه بعبارته وتعاقده والآثار الناتجة عنه، يعد عقوبة له مع أنه لم يرتكب إثماً أو محرماً.

والراجح: من هذه الأقوال هو الرأي الثاني، القائل بالغاء عبارة السكران سواء كان السكر بمحرم أو بغير محرم، لأن أساس العقود وهو الرضا غير متوافر، وقد قال الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلا أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وإذا كان السكران قد ارتكب جرماً بتعديه بالسكر المحرم، فإن عقوبة شرب السكر توقع عليه، وفيها الردع والزجر الكافي دون الحاجة إلى توقيع عقوبة أخرى غير منصوص عليها كالحكم بصحة تعاقده ومن المعلوم أن العقوبة لا يجوز توقيعها إلا بنص.

٢- المخطيء والناسي:

المخطيء هو: من تلفظ بعبارة لم يقصد النطق بها ولكن سبق لسانه بها دون إرادة منه، والناسي هو: من لا يستطيع استحضار الشيء في ذهنه عند حاجته إليه[1].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢٤.

وقد اختلف الفقهاء في صحة عقد المخطيء والناسي إلى ما يأتي:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء[1] أن عبارة المخطيء والناسي لا تصلح لإنشاء العقد، فعبارتهما لاغية لا يترتب عليها أي التزام أو أثر، فإذا أراد إنسان أن ينطق بعبارة فأخطأ أو نسي، ونطق بعبارة أخرى تدل على الرغبة في التعاقد، فإن هذه العبارة لا يترتب عليها أي أثر لأنها ملغية بشرط وجود قرينة تدل على هذا الخطأ أو على هذا النسيان.

وقد استندوا إلى ما يأتي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ، وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾ (سورة الأحزاب: الآية ٥).

ب - وقال تعالى أيضاً: ﴿رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ (سورة البقرة: الآية الأخيرة).

ج- وقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

فالآيتان يدلان على رفع الإثم والمؤاخذة عن المخطيء والناسي، والرسول عليه السلام قد أكد ذلك في الحديث السابق، وعلى هذا فإذا قام الدليل أو القرينة على الخطأ أو النسيان فإن عبارة المخطيء أو الناسي لا يعتد بها، وبالتالي لا يلزم أحدهما بالعقد لا ديانة ولا

---

(١) أصول الفقه، الشيخ محمد الخضري، ص١١٩.

قضاء، أما إذا لم يقم الدليل أو لم توجد قرينة على هذا الخطأ أو النسيان فإن العقد يكون ملزماً لهما قضاء لا ديانة.

الرأي الثاني: يرى الحنفية[1] أن عبارة المخطيء أو الناسي صالحة لإنشاء العقد، ويجب أن يعتد بها، ولذلك يترتب عليها جميع الآثار التي تترتب على تعاقد غير المخطيء والناسي وقد استند الحنفية إلى أن الإرادة الباطنة والرضا أمر خفي لا يمكن لأحد أن يطلع عليه، فإذا نطق المخطيء، أو الناسي، بالألفاظ الدالة على هذه الإرادة مع إفادتها للرضا بالعقد، وجب الحكم بانعقاده، دون الحاجة إلى البحث عن الإرادة الباطنة والتي لا يطلع عليها أحد. حماية لاستمرار المعاملات ودعماً للثقة بين طرفي العقد، وسداً لذريعة دعوى الخطأ أو النسيان عند الرغبة في إنكار التعاقد والتخلص من الالتزامات المترتبة عليه[2].

الرأي الراجح:

هو رأي الجمهور لأنه يستند إلى الآيات الكريمة وسنة نبيه العظيم عليه الصلاة والسلام، وأما ما يستند إليه الحنفية فنستطيع أن نجيب عليه بأن عدم اعتبار عبارة المخطيء والناسي والنائم ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بقيد هو: وجود دليل أو قرينة على هذا الخطأ أو النسيان عند التلفظ بعبارة العقد [3]. وأما مقولة أن الحكم بإلغاء عبارتهما يؤدي إلى عدم استقرار التعامل وزعزعة الثقة بين المتعاقدين، ويفتح الباب للتنصل

(1) د. يوسف قاسم، ص٢٩٩.

(2) حاشية ابن عابدين: ٤٣٦/٢.

(3) د. حسين حامد، ص٢٦٢.

من الواجبات الملقاة على عاتق المخطيء أو الناسي، فيجاب على ذلك بأن هذا الحكم لا يصدر إلا بعد التأكد من وجود الأدلة أو القرائن المثبتة لهذا الخطأ أو النسيان.

ثانياً: حالة قصد النطق بالعبارة مع عدم العلم بمعناها:

إذا نطق إنسان بعبارة قاصداً النطق بها، ولكنه لا يعرف معناها أو ما تدل عليه هذه الصيغة، وكانت هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد من العقود، فإن هذه العبارة تعتبر لاغية ولا يترتب عليها انعقاد العقد.

مثال ذلك: إذا نطق إنسان عربي لا يعرف الفرنسية بألفاظ تفيد إنشاء عقد بيع أو إجارة في هذه اللغة فإن هذه الألفاظ لا يعتد بها وتعتبر لاغية ولا يترتب عليها أي أثر من آثار هذا العقد، لأن هذا الشخص لا يعلم معنى هذه الألفاظ ولا يعلم بمدلولها.

ونفس هذا الحكم يطبق في حالة نطق الإنسان لهذه الألفاظ بغرض التعليم أو التعلم حتى مع قصد النطق بها وعلمه بمعناها، فالأستاذ حينما ينطق بألفاظ الطلاق في محاضرته لطلابه، كأن يقول: زوجتي طالق في معرض بيان ألفاظ الطلاق الصريحة، فلا يترتب على ذلك طلاق زوجته إن كان متزوجاً مثلاً وقس على ذلك جميع العقود الأخرى، هذا هو رأي جمهور الفقهاء.

هذا، وقد خالف بعض الحنفية جميع الفقهاء وقالوا: بوقوع الطلاق والعتق. وانشاء عقد الزواج بهذه العبارة المذكورة، استناداً

لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق»[1].

والراجح: هو رأي الجمهور لأن الناطق بهذه الألفاظ لا يعلم معناها كما في المثال الأول، أو لا يقصد هذا المعنى كما في حالة التعليم والتعلم.

ثالثاً: حالة قصد النطق بالعبارة مع العلم بمعناها، دون قصد انشاء العقد:

إذا نطق إنسان بعبارة قاصداً النطق بها، مع علمه بمعناها، قاصداً استخدامها في هذا المعنى، ولكنه مع ذلك لا يقصد انشاء العقد بهذه العبارة أو بهذه الصيغة التي تلفظ بها، وإنما غرضه اللهو واللعب والاستهزاء أو دفع الأذى عن نفسه إذا كان مكرهاً.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه العبارة، وهل يترتب عليها انشاء العقد أم لا؟ وهذا يستلزم ذكر آرائهم في تعاقد الهازل وتعاقد المكره.

أولاً: حكم تعاقد الهازل:

الهازل: هو الإنسان الذي ينطق بالصيغة التي تصلح لإنشاء العقد، قاصداً النطق بها مع علمه بمدلولها، ولكنه لا يريد بها إنشاء هذا العقد ولا الالتزام بأحكامه، بل إن غرضه ينصب على اللهو

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص١٧٦

واللعب مع وجـود القـرينة الدالة على ذلك. مـثـال ذلك: أن يقـول الهازل لآخر بعـتك منزلي بخمسة آلاف أو يقـول الآخر زوجتك ابنتي على ألف جنيـه، وهو لا يـقـصد مـن هذه العبـارة إلا اللهـو واللعب والمزاح ولا يقصـد البيع أو الزواج مع وجـود القرائن على ذلـك، فهل ينعقد العقد بهذه العبارة أم لا؟

اختلف الفقهاء في صحة انعقاد العقد بعبارة الهازل على رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقـهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، أن عبـارة الهازل لا تنشىء عقـداً ولا ترتب التزاماً طالما وجـدت القرينة التي تدل على أن الهازل لا يقصد انشاء العقد بهذه العبارة، لأن أساس العقود هو الرضا.

تعـاقـد المكـره: المكره هو الإنسـان الذي هدد وأرغـم على إيقـاع الطلاق بالقتل أو بإتلاف عـضو من أعضائه أو بحـرق أمواله أو أخذها أو غيـر ذلك من الأمـور التي لا يحتـملها، ولـم يكن قـادراً على دفع الأذى عن نفسه بوسيلة مشروعة. وطلق زوجته تحت هذا التهديد.

وقد اختلـف الفقهاء في إيقـاع طلاقه.فالجمهـور يرى أن طلاقه لا يقع ولا يعتـد به: فالمكره لا يقـصد الطلاق وإنما قـصد دفع الأذى عن نفسه. قال (صلى الله عليه وسلم): «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليـه». ويرى الحـنفـية أن طـلاقه يـقع، لأنه حـينمـا نطق بالطلاق كان له قـصد واختيار فـيحاسب عليه، ولكنه غـير راض بالأثر

المترتب على الطلاق فيقع طلاقه قياساً على الهازل.

** **

المطلب الرابع

الإرادة المنفردة وأثرها في إنشاء العقود

الأصل في العقد هو: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول المتعاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المحل، فالتصرف الذي يتم بتوافق الإرادتين هو المسمى بالعقد، وأما التصرف الذي يتم بإرادة واحدة كالطلاق فلا يسمى عقداً. هذا عند جمهور الفقهاء. هذا، وهناك طائفة من الفقهاء يطلقون على التصرف الذي يتم بإرادتين أو بإرادة واحدة عقداً.

ويجب التنويه إلى أن التصرفات التي تتم بالإرادة الواحدة أي المنفردة موجودة في فقهنا الإسلامي ولها تطبيقات كثيرة، بصرف النظر عن تسميتها عقداً كما يرى البعض أو تسميتها تصرفاً كما يرى الجمهور.

وإلى جانب التصرفات التي تنعقد بالإرادة المنفردة والتي لاتحتاج إلى قبول، وإنما يكتفى فيها بالإيجاب، توجد التصرفات التي تنعقد بالإرادتين أي بتوافق الإيجاب مع القبول، وإذا كان النوع الأول ينعقد

بإرادة واحدة في الأصل وتترتب على هذا العقد آثاره الشرعية، فهل يجوز انشاء التصرفات التي تتم بإرادتين في الأصل، بإرادة واحدة؟ بأن يقوم شخص واحد بإبرامها بكونه أصيلاً عن أحد المتعاقدين ونائباً عن المتعاقد الآخر أو نائباً عن المتعاقدين معاً. هذا هو محل الحديث في هذا المطلب.

وسوف نتحدث بعون الله في المسألة الأولى عن التصرفات التي تنشأ في الأصل بإرادة منفردة ، وفي المسألة الثانية عن مدى صحة تولي العاقد طرفي العقد.

المسألة الأولى: التصرفات التي تنشأ في الأصل بالإرادة المنفردة:

للتصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة تطبيقات كثيرة منها: الطلاق بدون مال والنذر والإبراء والوقف والوصية والجعالة والهبة. وسوف نتحدث عن بعض هذه التطبيقات بشيء من الإيجاز .

أولاً : الطلاق بدون مال:

من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة، الطلاق على غير مال فبمجرد صدور العبارة الصحيحة من الزوج ينتهي عقد الزواج دون توقف على إرادة الزوجة، فالمطلق ملتزم بالطلاق بعد وقوعه حتى ولو لم تقبله الزوجه[1] لقوله عليه الصلاة والسلام: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء».

---

(١) المغني: ٦٧٦/٨ . والشرح الصغير :١٩٦/٢.

ثانياً: النذر:

النذر، هو: إلزام مكلف نفسه لله تعالى شيئاً غير لازم عليه بأصل الشرع، مثل: أن يقول: لله على أن أتصدق بكذا إن شفاني الله من مرضي وماشابه ذلك.[1]

فالنذر يتم بعبارة الناذر ويجب الوفاء به إذا كان بطاعة لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾(سورة الحج: الآية ٢٩).

وقال تعالى أيضاً: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْماً كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيراً﴾ (سورة الإنسان: الآية٧). ولو لم يكن الوفاء بالنذر واجباً لما ذم الله تعالى المعرضين عن أدائه الناكثين لعهودهم المخلفين لوعودهم، وعاقبهم بهذا العقاب في الدنيا إلى يوم يلقونه لينالوا ما هو أشد وأقسى. فقال الله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ ، فَلَمَّا آتَاهُم مِّن فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوا وَّهُم مُّعْرِضُونَ . فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقاً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾(سورة التوبة: الآيات من ٧٤:٧٦)

وقال عليه الصلاة والسلام: «من نذر أن يطع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»[2].

---

(١) كشاف القناع:٦/٢٦٩.

(٢) المغني :٨/٦٧٦.

ثالثاً : الإبراء :

الإبراء هو: إسقاط ما في الذمة من حق أو دين بلفظ أبرأت ونحوه، مما يدل على معنى الإبراء[1].

فإسقاط الحق كالتنازل عن حق الشفعة الثابت عليه، فإن المتنازل يلتزم به بمجرد تلفظه بالعبارة الدالة عليه، مثل: أسقطت حقي في الشفعة أو تنازلت عنه.

وإسقاط الدين كالتنازل عن دين له في ذمة مدينه، ويرى جمهور الفقهاء: أن الإبراء لا يحتاج إلى قبول المدين أو من عليه الدين، بل يكفي صدور الإبراء من الدائن. لأن الإبراء إسقاط للدين وليس تمليكاً، والإسقاط لا يحتاج إلى قبول، كالطلاق والعتاق، فإنهما ينفذان وإن كرهت المرأة والعبد.

ويرى البعض أن الإبراء تمليك الدين للمدين، لذا يحتاج إلى قبول المدين لكي يكون منعقداً، لأن المنّة هنا مثل الهبة، بل إنها قد تعظم، فذوا المروءات والأنفة يضر ذلك بهم، ولا سيما إذا كان الإبراء من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أوردّه نفياً للضرر الحاصل من المن من غير أهلها[2].

---

(١) كشاف القناع: ٣٦٩/٦.

(٢) الفروق للقرافي: ١٧/٢.

رابعاً : الوقف :

حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها، وهو من التبرعات المندوبة، مثال ذلك: وقف الأرض للفقراء والمساكين، فإن منفعة هذه الأرض تكون ملكاً لهؤلاء الفقراء والمساكين بمجرد صدور العبارة من الواقف ، دون احتياج إلى موافقتهم أو قبولهم[1].

وستحدث عنه بالتفصيل في منهج السنة الثالثة إن شاء الله تعالى.

خامساً: الوصية:

وهي تبرع بحق مضاف ولو تقدير لما بعد الموت[2]. ويجوز للموصي الرجوع في الوصية كلها أو بعضها باتفاق الفقهاء طيلة حياته، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن وقت قبول الوصية أو ردها لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت.

سادساً: الهبة:

وهي تمليك في الحياة بغير عوض، والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء سلمها إلى الموهوب له وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بإذنه فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة

(١) المغني: ٥/٦٠٠.

(٢) مغني المحتاج:٣/٣٩.

ولم يصح القبض.

وذهب الجمهور إلى أن الهبة لا تصح إلا بإيجاب وقبول سواء وجد القبض أم لا، لأنها عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح[1].

سابعاً : الجعالة:

وهي : أن يرصد شخص جائزة أو جعلاً من المال لمن يقوم بعمل مباح له سواء كان هذا العمل معلوماً أم مجهولاً.

مثال ذلك: أن يقول: من رد عليّ سيارتي المسروقة فله ألفين من الجنيهات ونحو ذلك من الأمثلة الكثيرة.

الأصل فيها: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِ مَاذَا تَفْقِدُونَ. قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾.

والجعالة صورة من صور الإجارة ولكنها تختلف عنها في بعض الوجوه وهي:

١ - أن العمل في جعل قد يكون معلوماً وغير معلوم كحفر بئر حتى يخرج منها الماء وقد يكون قريباً أو بعيداً، بخلاف الإجارة : فلابد أن يكون العمل فيها معلوماً ، هذا ومن المعلوم أن الجعالة تلتزم بعبارة الجاعل فقط دون حاجة إلى قبول من قام بالعمل بعد

(١) المغني:٦٥٤/٥.

انتهائه منه[1].

٢ - أن المنفعة لا تحصل للجاعل إلا بتمام العمل كرد السيارة المسروقة بخلاف الإجارة فإنه يحصل من المنفعة مقدار ما عمل، فإذا عمل الأجير في الإجارة بعض العمل حصل له من الأجرة بحساب ما عمل، ولا يحصل له في الجعل شيء إلا بتمام العمل.

٣ - أنه لا يجوز شرط تقديم الأجرة في الجعل، بخلاف الإجارة[2].

شروط صحة الجعالة:

أحدها: أن تكون الأجرة معلومة.

الثاني : أن لا يضرب للعمل أجل.

الثالث : أن يكون يسيراً خلافاً لابن رشد[3].

وإذا نظرنا إلى القانون المدني المصري أوجدنا أن الوعد بجائزة المنصوص عليها في المادة ١٦٦ منه يدخل تحت الجعالة، من وَجَّه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة، أو دون علم بها. ولكن إذا دققنا النظر في هذا النص لوجدنا أنه مشتمل على بعض الصور التي لا تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

الصورة الأولى: أنه اثبت الحق في الجائزة لمن قام بالعمل المطلوب

---

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤/٦٠ . المهذب ١/٤١١.

(٢) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ٢٨٠.

(٣) المرجع السابق.

دون علم بالجائزة.

الصورة الثانية: أنه اثبت الحق في الجائزة لمن قام بالعمل المطلوب قبل الإعلام عنها، فالشافعية والحنابلة يقولون بأن العامل المذكور في الصورتين لا يستحق أجراً على عمله، لأنه قد قام به متبرعاً، والعمل المتبرع به لا يستحق عليه أجراً[1]. وأما المالكية فهم يتفقون مع الشافعية والحنابلة إذا لم تكن عادته ردّ الضوال والأشياء المفقودة، وأما إذا كانت عادته البحث عنها وردها إلى أصحابها فإن له جعل مثله.[2]

الصورة الثالثة: أجاز القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة المذكورة لـلواعد أن يرجع في وعده مع إعلان الجمهور بذلك. مالم يعين أجلاً للقيام بالعمل. «وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة شهور من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.

فهذا الحكم وإن كان يتفق مع الشافعية والحنابلة حيث يجيزون للجاعل أن يفسخ العقد ولو بعد الشروع في العمل، فإنه يختلف مع رأي المالكية لأنهم لا يجيزون للجاعل فسخ العقد إلا قبل الشروع في العمل، أما بعد الشروع فيه فلا يجوز له أن يفسخ العقد، لكيلا يلحق العامل الضرر[3].

(١) المجموع ١٤/٣٦٥. كشاف القناع ٤/١٧١.
(٢) حاشية الدسوقي ٤/٦٦.
(٣) المغني:٦/٤٧٠.

المسألة الثانية: انشاء العقد بالمعنى الخاص بالإرادة الواحدة:

الأصل في العقود أنها تنشأ بآرادتين إرادة الموجب وإرادة القابل، ولذلك اختلف الفقهاء في حكم انشاء العقد بإرادة واحدة أو بعبارة واحدة، على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى المالكية والحنابلة: جواز أن يتولى شخص واحد إبرام العقد عن الطرفين بإرادة واحدة في جميع العقود، فيكون هو الموجب والقابل في نفس الوقت، بشرط أن تكون له صفة في انشاء العقد عنهما.

مثال ذلك: أن يبيع الأب مال ابنه الصغير من نفسه، أو أن توكل امرأة شخصاً معيناً في أن يزوجها من نفسه.

واستندوا في ذلك إلى: أن هذا العاقد الذي يقوم بانشاء العقد بإرادته، له صفتان: أصيل عن نفسه، ووكيل أو ولي عن غيره. فالعبارة الصادرة منه تكون قائمة مقام الإيجاب باعتباره أصيلاً، وقائمة مقام القبول باعتباره وكيلاً أو ولياً. والشرع لا يمنع ذلك، لأن حقوق العقد والتزاماته تنصرف إلى الموكل أو لمن هو تحت ولايته عندهم، سواء كان هذا العقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع أو الإجارة أو من عقود أخرى كالزواج[1].

الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنفية عدم جواز أن يتولى شخص

(١) المغني: ٦/٤٧٠.

واحد إبرام العقد عن الطرفين بإرادة واحدة فقط، سواء كان العقد من عقود المعاوضات المالية أو الزواج.

واستندوا في ذلك إلى أن العقد اسم للإيجاب والقبول، وكل منهما يعبر عنه بإرادة مستقلة في انشاء العقد، وهذا يستلزم وجود عاقدين لا عاقد واحد، هذا بالإضافة إلى حقوق العقد في عقود المعاوضات المالية تنصرف إلى العاقد نفسه عند الحنفية ومنهم زفر، حتى ولو كان وكيلاً ولياً فللبيع حقوق مستفادة فكل حق يقابله التزام، مثل التسليم والتسلم والمطالبة، فلو جاز أن يقيم شخص واحد بإبرام العقد عن طرفيه لأدى هذا إلى أن يكون مسلماً ومتسلما طالباً ومطالباً في آن واحد وهذا محال[1].

هذا ولم يستثن الشافعية من ذلك إلا الصور الآتية:

الأولى: الأب والجد في بيع مال الطفل لنفسه، وبيع ماله للطفل، وكذا في الهبة والرهن.

الثانية: في تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر، وهما تحت ولايته.

الثالثة: الإمام الأعظم في تزويج من لا ولي لهم.

الرابعة: إذا وكل شخص إنساناً وأذن له في البيع من نفسه وقدر

---

(1) بدائع الصنائع: ١٣٦/٥.

الثمن ونهاه عن الزيادة[1].

الرأي الثالث: يرى الحنفية ماعدا زفر التفرقة بين عقد الزواج وعقود المعاوضات فأجازوا في عقد الزواج أن يتولاه شخص واحد، طالما كانت له صفة شرعية في ذلك كأن يكون أصيلاً عن أحد الطرفين ووكيلاً أو ولياً عن الطرف الآخر، كما إذا وكلت امرأة رجلاً في أن يزوجها من نفسه أو يتولى تزويج نفسه من بنت عمه التي تحت ولايته. أو يكون وكيلاً عن طرفي العقد كما إذا كان وكيلاً عن امرأة في تزويجها ووكيلاً عن رجل في تزويجه فقام بتزويج موكله من موكلته.

أو يكون وليا عنهما معاً، كأن يقوم الجد الذي يكون ولياً على أولاد ولديه بتزويج ابن ابنه من بنت ابنه الآخر.

أو يكون وكيلاً عن أحد طرفيه ولياً عن الطرف الآخر كأن يوكله رجل في أن يزوجه من بنته الصغيرة.

ولقد أجاز الحنفية ذلك لأن الحقوق والالتزامات المتولدة عن عقد الزواج تعود إلى الأصيل لا إلى الولي أو الوكيل «العاقد».

وهذا بخلاف عقود المعاوضات المالية فإن الحقوق تنصرف إلى العاقد نفسه كما سلف القول، ولذا لا يجوز أن يتولى هذه العقود شخص واحد[2].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢٨٠.

(٢) البدائع: ١٣٥/٥، ٢٨٨/١٢.

المبحث الثاني

العاقدان

أركان العقد ثلاثة هي: الصيغة والعاقدان والمحل ، وقد تحدثتنا عن الركن الأول وشروطه في المبحث السابق، وستتحدث عن الركن الثاني وهو العاقدان والشروط المتعلقة بهما، والعاقدان هما المنشئان للعقد بالصيغة المعبرة عن إرادتهما، وحتى يكون لهذه الصيغة الأثر المطلوب وهو انشاء العقد، يجب أن يكون كلاً منهما أهلاً للتعاقد بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً، وستتحدث عنه في مطلب خاص وهو الأهلية، والحديث عن الأهلية يستلزم التحدث عن عوارضها في مطلب ثان، فإذا وجد عارض من عوارض الأهلية عند أحد المتعاقدين فقد أوجب الشارع اقامة ولي أو وصي أو قيم عليه ليتولى أمره ورعاية مصالحه من انشاء للعقود وإدارة لأمواله حتى لا تتعطل مصالحه وتبور تجارته، وستتحدث عن هذه الأمور في مطلب ثالث وهو الولاية. فإذا أقدم العاقد على التصرف في مال الغير دون إذن سابق من مالكه سمي هذا العاقد بالفضولي. وستتحدث عن حكم هذا الفضولي في مطلب رابع. أما إذا قام صاحب المال الكامل الأهلية بتوكيل غيره في إبرام العقد نيابة عنه وهو ما يسمى بالوكيل فإننا ستتحدث عنه في مطلب خامس.

** **

المطلب الأول

الأهلية

تعريف الأهلية: لغة: الأهلية مؤنث الأهليّ -والأهلية للأمر: الصلاحية[1].

وشرعاً: صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق واستعمالها والالتزام بالالتزامات والوفاء بها.

والأهلية نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

أولاً : أهلية الوجوب: الصلاحية لاكتساب الحقوق والالتزام بالالتزامات ، أي صلاحيته لأن يطالب غيره وأن يطالبه الغير. وسواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة من له الولاية عليه.

مناط أهلية الوجوب: مناط هذه الأهلية: الحياة. أي أنها تثبت لكل إنسان حي صغيراً كان أم كبيراً، حراً كان أم عبداً، عاقلاً كان أم مجنوناً، وهي ثابتة له مادام متمتعاً بالحياة. فإذا وافته المنية فإن هذه الأهلية تزول وتنقضي إلا إذا كان مديناً، لأن المدين تظل أهليته باقيةِ بعد مماته حتى يسدد ما عليه من ديون، إذ لولا الحكم ببقاء هذه الأهلية لسقط الدين، لأن الدين لا يتصور بغير مدين، وهذه الأهلية المفترضة

(١) المعجم الوسيط: ١/٣٢، باب الهمزة.

تزول بالوفاء بالدين كما ذكرنا هذا ويرى بعض الفقهاء أن أهلية الوجوب هي الذمة نفسها[1]، وهذا مخالف لما يراه جمهور الأصوليين الذين يفرقون بين أهلية الوجوب والذمة. فأهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه. وأما الذمة فهي محل لهذه الحقوق وتلك الالتزامات، فالذمة -إذن- لازمة لهذه الأهلية وليست عينها وذاتها. أي أن هذه الأهلية لا تثبت للشخص إلا بعد وجود ذمة صالحة، ومن أجل هذا اختص الإنسان بأهلية الوجوب دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة[2].

أنواع أهلية الوجوب:

أ - أهلية وجوب كاملة. ب - وأهلية وجوب ناقصة.

أهلية الوجوب الكاملة هي: التي تثبت بها جميع الحقوق والالتزامات ، مثال ذلك: أهلية الإنسان بعد ولادته، فالمولود أهل لأن يجب له وعليه وينوب عنه في ذلك وليه.

أهلية الوجوب الناقصة وهي: التي تثبت للجنين قبل ولادته بشرط أن يولد حياً ونعني بنقصان الأهلية إثبات بعض الحقوق لهذا الجنين فيرث غيره ويوصى له ويستحق في ريع الموقوف عليه، ولكنه لا يكون أهلاً للالتزام بالالتزامات مطلقاً فلا يجوز مطالبته بشيء، لأنه لا فعل له ولا قول حتى يلزم بشيء، كما أنه لا ولي له حتى يلزم بالتزام وليه

(١) د. حسين توفيق :أهلية العقوبة في الفقه الإسلامي ، ص٢٤.
(٢) كشف الأسرار :١٣٥٧/٤.

ولذا كانت له أهلية وجوب مستقلة وإن كانت أهلية غير مكتملة.[1]

هذا ويذهب بعض الأصوليين والفقهاء إلى أن أهلية الوجوب الناقصة تثبت للإنسان بعد موته، حتى تسدد ديونه وتنفذ وصاياه ويتم تجهيزه ودفنه.

بل ذهب البعض إلى أبعد من ذلك وقال: بأن للميت أهلية وجوب كاملة بدليل ثبوت الحقوق التي باشر أسبابها في حياته، مثال ذلك: نصب شبكة للصيد وهو حي فوقع فيها الصيد بعد وفاته، فإنه يكون مالكاً لما وجد في شبكته وبالتالي يكون من التركة. كما أنه يكون ملتزماً بضمان ما ترتب على فعله حال الحياة، إذا حدث بها الهلاك أو التلف بعد وفاته. مثال ذلك: ما إذا حفر بئراً في ملك غيره، فوقع فيها إنسان أو حيوان بعد موته، فإن الضمان أو الدية تكون ثابتة في ذمته وتدفع من أمواله الموروثة.

ما يثبت بأهلية الوجوب:

أ - تثبت للجنين جميع الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، فالجنين لا يستطيع القبول بنفسه لأنه لم يخرج بعد إلى حياتنا الدنيوية، وليس له وليّ يقبل نيابة عنه. وأما الواجبات فإنه لا يلتزم بها لعجزه عن الأداء بنفسه وليس له وليّ ينوب عنه في أدائها، والقاعدة في ذلك أن حكم الوجوب وهو الأداء إذا كان ثابتاً وممكناً فإن الحق يثبت وأما إذا انتفى حكم الوجوب وهو الأداء لم يثبت الحق.

(١) الشيخ علي الخفيف. المرجع السابق ٩٦.

ب - يثبت للمولود جميع الحقوق والواجبات ولكنه لا يثبت في ذمته إلا الواجبات التي تصلح لحكمه وهو الأداء. أي أنه يجب التفرقة بين الالتزامات المالية الخالصة وبين العبادات والعقوبات.

١- فالالتزامات المالية الخالصة: تكون ثابتة في ذمته لأنه وإن كان لا يستطيع القيام بأدائها بنفسه لانعدام أهلية الأداء إلا إنه يؤديها بواسطة وليه، فالالتزامات المالية الخالصة يجوز فيها النيابة لأن المقصود منها هو المال وأداء نائبه كأدائه تماماً.

والدليل على ذلك :الزام الشارع الحكيم الصبي بضمان المتلفات، ونفقة الزوجات والأقارب والزكاة عند جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية، فالصبي ملتزم بأداء هذه الواجبات بمقتضى ماله من أهلية وجوب كاملة، واستناداً إلى أن الحقوق المالية الخالصة تجوز فيها النيابة كما ذكرنا.

٢ - وأما العبادات: فإن الصبي لا يجب عليه أداءها ، فهو ليس من أهل الأداء لعدم اكتمال عقله وتمييزه، كما أن وليه لا ينوب عنه في أدائها، لأن العبادة شرعت للابتلاء والاختبار والإنسان يبتلي بفعل نفسه لا بفعل غيره، فالعبادات إذا لا تقبل النيابة.

٣ - وأما العقوبات : فإن الصبي لا توقع عليه العقوبات ولا تثبت في ذمته، لأنها جزاء مخالفة التكليفات، والصبي غير مكلف، كما أن العقوبات شرعت للزجر والردع وتهذيب النفس، وهذا لا يكون إلا للمكلف أيضاً. ولا يمكن انزال العقوبة لوليه لأن الغرض من العقوبة لن يتحقق، بالإضافة إلى أن الشارع الحكيم لا يعاقب إنساناً على جريمة اقترفها

غيره. قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ وقال أيضاً: ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾.[1]

هذا وإذا كانت أهلية الوجوب الكاملة ثابتة للإنسان بمجرد ولادته حياً إلا أن جميع الأشخاص ليسوا متساوين في التمتع بهذه الأهلية وفي اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، مثال ذلك: المرأة فإنها لا تثبت لها أهلية الأمامة أو القضاء، والرقيق ذكراً كان أم انثى لا يكون أهلاً للتملك أو الولاية بأنواعها المختلفة، كما أن له أحكام خاصة بالعبادات والعقوبات مفصلة في كتب المذاهب المختلفة، ولكن هذه الأحكام لم يعد لها أهمية نظراً لانتهاء الرق والعبودية في عصرنا. ولذا يطلق على الأهلية في هذه الحالة بأنها أهلية وجوب قاصرة لأنها لا تثبت جميع الحقوق للمرأة أو الرقيق. ويطلق على الأهلية التي تثبت بها جميع الحقوق والالتزامات أهلية الوجوب التامة كأهلية البالغ العاقل الرشيد[2].

ثانياً : أهلية الأداء :

تعريف أهلية الأداء: صلاحية الإنسان لصدور الأقوال والأفعال منه على وجه يعتبرها الشارع ويرتب عليها آثارها أي أن أقوال المكلف وأفعاله من عقود وتصرفات وصلاة وصيام وزكاة وحج مثلاً تكون معتبرة شرعاً، وإذا جنى على غيره في نفس أو عرض أو مال عوقب على هذه الجناية بالعقوبة المقررة في الشريعة.

(١) بداية المجتهد: ١/ ٢٥٠، كشاف القناع ٢/ ١٥١، المهذب ١/ ١٥٠

(٢) أ.د. حسين حامد: المرجع السابق ٣٢٦ ، ٣٢٧.

وعلى ذلك فأهلية الأداء تشمل أنواع الأهلية الثلاثة: أهلية العبادة، أهلية التصرفات، وأهلية العقوبة.

هذا، ويلزم التنويه إلى أن أهلية الأداء بأنواعها قد تثبت لإنسان بجميع هذه الأنواع، وذلك كالبالغ العاقل أي المكلف، وقد تثبت له بعض هذه الأنواع ومع ذلك يقال أنه متمتع بأهلية أداء في الجملة رغم أنه لم يتمتع بكل أنواعها فثبوت أهلية الأداء يترتب عليه صحة التصرفات وعلى ذلك:

أ - فإن المجنون والصبي غير المميز لا يتمتعان بأهلية الأداء وإن ثبتت لهما أهلية الوجوب كاملة.

ب - إن المكلف البالغ العاقل -يتمتع بأهلية الوجوب وأهلية الأداء.

جـ -إن ثبوت أهلية الأداء يستلزم ثبوت أهلية الوجوب دون العكس، لأن مناط ثبوت أهلية الأداء، صحة العبارة وترتب آثارها عليها، وهذا لن يتحقق إلا لإنسان حي، ومعلوم أن الإنسان المتحققة فيه الحياة تثبت له أهلية الوجوب.

أما أهلية الوجوب فمناطها الحياة وقد يكون الإنسان حياً، ولكنه غير صحيح العبارة لانعدام تمييزه كالمجنون والمعتوه[1].

مناط أهلية الأداء:

هو العقل والتمييز، ويقصد بالتمييز معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود مدركاً ما يقصد بها وما يترتب عليها من آثار، أي أنه

(١) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ٩٧.

يكون عالماً بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويلزم معرفته أيضاً بالغبن الفاحش واليسير، والإنسان لا يكون عارفاً بذلك إلا ببلوغه سن التمييز وهو السابعة فما فوقها، لأن العقل أمر خفي لايطلع عليه أحد، كما أنه أمر غير منضبط يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، ولذا لا يصلح أن يكون ضابطاً لهذه الأهلية أو دليلاً على ثبوتها.

فالبلوغ إذاً قرينة على وجود العقل وكماله ولكنه قرينة تقبل إثبات العكس، فإذا كمل العقل ثبتت للإنسان أهلية الأداء كاملة، وإذا نقص ثبتت له أهلية أداء ناقصة، وإذا انعدم لم تثبت له أهلية أداء مطلقاً.

فللإنسان إذاً ثلاث حالات فيما يتعلق بأهلية الأداء:

الحالة الأولى : الصبي غير المميز:

بولادة الجنين حياً يصبح صبياً غير مميز ويظل هكذا، حتى يبلغ تمام السابعة من عمره، وفي هذه المرحلة تثبت له أهلية الوجوب كاملة كما ذكرنا سلفاً، فهو صالح لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ووليّه هو الذي يقوم بها نيابة عنه مثل الزكاة وضمان المتلفات[1] وصدقة الفطر والنفقات المختلفة.

وأما أهلية الأداء فلا تثبت له أصلاً لأنه غير مميز وعقله غير مكتمل لا يقدر على فهم ما يوجه إليه من عبارات، وجميع أقواله غير

---

(١) المغني:٤/٥٢١.

معتبرة لا يترتب الزام أو التزام فهو غير قادر على انشاء العقود بجميع أنواعها، وإنما يباشرها وليّه أو الوصي عليه وفق الإطار المحدد من الشارع الحكيم. هذا وينطبق على هذا الصبي نفس الأحكام المذكورة حتى وإن كان مدركاً لجميع ما ذكرنا.

ويلحق المجنون أياً كان عمره بالصبي غير المميز، لأن المجنون لا عقل له وبالتالي لا تثبت له أهلية الأداء ، مثله مثل الصبي غير المميز، وعلى ذلك فعقوده وتصرفاته باطلة، أما أهلية الوجوب فهي ثابتة له.

الحالة الثانية: الصبي المميز:

ببلوغ الصبي سن السابعة يكون صبياً مميزاً ويظل هكذا حتى يبلغ الحلم، وفي هذه المرحلة يكون الصبي قادراً على فهم ما يوجه إليه من عبارات وألفاظ مكونة للعقود التي يريد إبرامها، والآثار التي تترتب عليها، وما إذا كانت مشتملة على غبن يسير أو فاحش.

أما إذا كان الصبي في هذه المرحلة غير عالم بهذه الأمور فإنه لا يكون مميزاً بل يظل غير مميز تنطبق عليه أحكامه حتى تتكون لديه المعرفة التامة بجميع ماذكرنا.

وبلوغ الصبي الحلم يكون بأمارة من الأمارات الدالة عليه، كالحيض للفتاة والاحتلام للفتى، هذا بالإضافة إلى الأمارات الأخرى المعروفة من ظهور الشارب وغلظة الصوت إلى آخره..

فإذا لم تظهر هذه العلامات فيحكم ببلوغه عند تمام الخامسة عشرة

من عمره عند جمهور الفقهاء[1].

والصبي المميز تثبت له أهلية الوجوب كاملة كما تثبت له أهلية الأداء قاصرة لأن عقله لازال ناقصاً غير مكتمل، ولذا فهو غير مطالب بأداء العبادات من صلاة وصيام وحج لأنها ليست واجبة عليه، ولكن إذا قام بأدائها كانت صحيحة وأثيب عليها في الآخرة، وأما التصرفات المالية فقد قسمها الحنفية[2] إلى ثلاثة أقسام:

تصرفات نافعة، وتصرفات ضارة، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر.

القسم الأول : التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

مثال ذلك: قبول الهبة والوصية والكفالة، فهذا النوع من التصرفات يصح قبوله دون حاجة إلى إجازة من وليه أو وصيه، لأن هذه التصرفات يترتب عليها دخول مال في ملكه بلا عوض ، ولذا فإنها تكون صحيحة وتنفذ من غير توقف على إجازة من أحد.

القسم الثاني : التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

مثال ذلك: الشيوع بجميع أنواعه من هبة ووصية ووقف وكفالة وطلاق ، فهذا النوع من التصرفات لا يكون صحيحاً ولا منعقداً

---

(١) وعند أبي حنيفة ببلوغ سبعة عشرة سنة للجارية، وثمانية عشرة للغلام ، وعند مالك سبعة عشرة سنة للذكر والأنثى.

(٢) البدائع:٧/١٧١ ومابعدها.

بعبارته حتى ولو أجازها الولي لأنها يترتب عليها ضرر وهو خروج مال من ملكه من غير مقابل.

القسم الثالث: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

مثال ذلك : البيع والإجارة والشركة والزواج، وهذا النوع من التصرفات موقوف على إجازة الولي، فإن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت ولم تنفذ، والحكمة من شرط أخذ رأي من له الولاية، لأنها وليدة عقل فيه نقص، وإرادة بها ضعف، ولا يدري أفيها خيره أم ضرره ، لذا استلزم أن ينضم إلى هذا العقل الناقص والإرادة الضعيفة عقل كامل وإرادة قوية، فإذا رأى في التصرف المعروض عليه خير أجازه ونفذ، وإلا رفضه فيكون باطلاً: هذا إذا كانت المنفعة واضحة وظاهرة كبيع الصبي بضعف القيمة أو شرائه بنصف القيمة.

أما إذا كان الغبن فاحشاً فإن تصرف الصبي يكون باطلاً حتى ولو أجازه الولي، لأن إجازة هذه العقود لا تكون صحيحة إلا إذا كانت ممن يملك انشاء هذا العقد وانفاذه ابتداء، فإن لم يكن يملكه ابتداء لم ينفذ بإجازته انتهاء، والولي لا يملك أن يبيع ابتداء بالغبن الفاحش ولذا فهو لا يملك أن يجيزه إذا باشره المولي عليه.

ويلزم التنويه إلى أن العقود التي تتوقف على إجازة الولي تنفذ بعد بلوغ الصبي المميز بإجازته إذا بقي العقد موقوفاً إلى بلوغه، أما العقود المشتملة على غبن فاحش والباطلة ابتداء فلا تصح بإجازته بعد

بلوغه[1].

وإذا كان الحنفية يقولون بتقسيم تصرفات الصبي المميز إلى هذه الأقسام الثلاثة، فإن الجمهور يقولون ببطلان تصرفاته كلها لا فرق بين التصرف النافع أو الضار أو الدائر بين النفع والضرر[2].

إذن الولي للصبي المميز بالتجارة:

اختلف الفقهاء في صحة هذا الإذن على النحو التالي:

يرى جمهور الفقهاء: أن للولي أن يأذن للصغير المميز بالاتجار في ماله، وإذا أذن له كانت تصرفاته وعقوده صحيحه في جميع أنواع التجارة بشرط أن تكون هذه التصرفات أو العقود مما تستلزمه التجارة أو تقضي عادة التجار بإجرائها، وتكون دائرة بين النفع والضرر، ويباح له التصرف مع الغبن اليسير. أما الغبن الفاحش فلا يجوز لأنه اتلاف وتضييع للمال.

الحالة الثالثة: البلوغ عاقلاً:

إذا بلغ الإنسان عاقلاً كانت له أهلية أداء كاملة، وحينئذ يكون مطالباً بجميع التكليفات والواجبات من صلاة وصيام وحج وغير ذلك مما أوجبه الشارع الحكيم على المكلف-البالغ العاقل- كما تقام عليه

(١) الشيخ علي الخفيف، ص١٠١.

(٢) أ.د.عبدالمجيد مطلوب: ص٤٠١. أ.د.نصر فريد :المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ص٢٤٢.

الحدود الشرعية عند ارتكابه ما يوجبها، مثل حدود السرقة والزنا والقذف والشرب -شرب الخمر- والقصاص إلى آخره.

وأما إدارته لأمواله وتجارته وإبرامه للعقود والتصرفات المالية فإن الفقهاء قد اتفقوا على عدم تسليم ماله إليه إلا إذا بلغ رشيداً. استناداً لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾(سورة النساء: الآية ٦): أي اختبروا اليتامى حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الحلم الذي يصلحون عنده للنكاح فإن أبصرتم منهم صلاحاً في دينهم ومالهم فادفعوا إليهم أموالهم بدون تأخير[١].

واتفق جمهور الفقهاء على استمرار الحجر على البالغ العاقل إذا بلغ غير رشيد، وتظل اموالهم تحت يد وليّه أو وصيه حتى يثبت رشده، لأن الآية الكريمة علقت دفع أمواله إليه على إيناس الرشد بعد البلوغ، ولم تحدد لذلك سناً معيناً وإثبات الرشد يكون باختباره وتجربته فإن دلت نتيجة الاختبار على تحقق الرشد حكم بكمال أهليته ورشده وسلمت أمواله إليه، وإلا بقيت تحت الولاية أو الوصاية كما هي مهما طال الزمن.

وأما أبوحنيفة [٢] فيرى: أن البالغ العاقل إذا ظل غير رشيد إلى أن بلغ الخامسة والعشرين من عمره، فإن أمواله تسلم إليه ويرفع الحجر

(١) صفوة التفاسير: ٢/٢٥٩.
(٢) تكملة فتح القدير: ٩/٢٦١ ومابعدها. المغني: ٤/٥٠٦ ومابعدها.

عنه لأنه أصبح ناضجاً جسمياً وعقلياً.

هذا وقد حدد القانون المدني سن الرشد بإحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة واعتبر الشخص كامل الأهلية إذا كان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه(مادة ٤٤ مدني مصري).

وعدّد في مادته الخامسة والأربعون أسباب فقدان التمييز وهو الصغر في السن والعته والجنون، واعتبر كل من لم يبلغ السابعة فاقد للتمييز، وهذه الأحكام متفقة مع أحكام الفقه الإسلامي في الجملة، فالنصوص الشرعية قد تركت لأولياء الأمور تحديد سن الرشد حسبما تقضي به المصلحة، كما أن سن الرشد يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الناس والجماعات، ومن المعروف أن وضع القانون حد أدنى لسن الرشد يعتبر مخالفاً لما يراه الفقهاء كما سلف الحديث عنه.

** **

المطلب الثاني
عوارض الأهلية

عوارض[1] الأهلية:

هي الأمور التي تطرأ على الإنسان بعد ثبوت أهليته له فتؤثر فيها بالنقص أو الإبطال أو التغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له، وهذه العوارض نوعان: عوارض سماوية وعوارض مكتسبة.

فالعوارض السماوية: وهي التي تحدث من الشارع الحكيم ولا دخل ولا اختيار للإنسان فيها، وهي: الصغر والجنون، والعته، والنسيان ، والحيض، والنفاس والرق، والإغماء، والنوم، والمرض والموت.

وأما العوارض المكتسبة فهي: التي تحدث من الإنسان باختياره إما باكتسابها أو ترك ازالتها.

وهي: السفه، والهزل، والسكر، والجهل، والإكراه، والخطأ، والسفر، والدين المستغرق. وسنقتصر على ذكر ما يهمنا في هذه الدراسة، أي العوارض التي لها تأثير في عقود الإنسان وتصرفاته وهي:

---

(١) العوارض لغة: جمع عارض أو عارضة أي أمر عارض أو آفة عارضة من قولهم عرض له كذا، إذا ظهر له أمر يصده ويمنعه عن المضي على ما كان فيه، ويسمى السحاب عارضاً لمنعه أثر الشمس وأشعتها.

الصغر والجنون والعته والنوم والنسيان والإكراه والخطأ والمرض والسكر والسفه والهزل والدّيْن المستغرق والإغماء والرق.

هذا وقد تحدثنا عن حكم عقود السكران والمخطيء والهازل والناسي والمكره عند حديثنا عن التعارض بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة وأثره في انشاء العقود ، لذا فإننا لن نتحدث عن السكر والخطأ والهزل والنسيان والإكراه.

وعند حديثنا عن أهلية الأداء تكلمنا عن الصغر وحكم العقود التي يبرمها الصغير غير المميز والمميز، لذا فلن نتحدث عليها هنا.

وأما الرق فقد انتهى ولم يعد له وجود، بل هو محرم في معظم القوانين في كثير من الدول ومنها مصر. لذا فلن نتحدث عنه أيضاً في هذا المطلب.

وعلى ذلك فإننا سنقتصر على الحديث عن العوارض الآتية:

١- الجنون ٢- العته ٣- النوم والإغماء ٤- المرض

٥ - السفه ٦- الغفلة ٧- الدين المستغرق.

أولاً: الجنون:

وهو آفة تصيب العقل فتحدث به خللاً بحيث لا يستطيع التمييز بين الأمور الحسنة والقبيحة والمدركة للعواقب والجنون نوعان: جنون

مطبق أي مستمر وجنون غير مطبق أي غير مستمر بل يجيء في بعض الأوقات فقط. وكلا النوعين إما أن يكون جنوناً أصلياً وإما أن يكون جنوناً طارئاً. ونقصد بالأصلي هو الجنون الذي يحدث قبل بلوغ الشخصي.

ونقصد بالطارئ هو الذي يحدث بعد البلوغ.

والمجنون لا يصح منه عقد أو تصرف في حالة جنونه.

أما إذا كان جنونه غير مطبق أي بأن كان جنونه متقطعاً يفيق فترة ويجن فترة أخرى، ففي فترة الإفاقة يأخذ حكم العاقل الرشيد وفي فترة الجنون يأخذ حكم المجنون[1].

أما أهلية الوجوب فهي ثابتة له لأن مناطها الحياة وهي ثابتة لكل إنسان، فالمجنون أهل لوجوب الحقوق له وعليه، فيرث ويورث، ويضمن المتلفات، وتجب الدية ونفقات الأقارب في ماله وما شابه ذلك.

ثانياً: العته:

وهو آفة تصيب العقل فتحدث به خللاً فيصير قليل الفهم، فاسد التدبير، مختلط الكلام، بعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه يشبه كلام المجانين، وهذا العته إن ترتب عليه ضياع العقل والتمييز، اعتبر نوعاً من الجنون الساكن وحكمه حكم الجنون المطبق، وعلى ذلك فليس له

(١) حاشية الطحاوي: ٩٤/٤. مجمع الأنهر: ٤٣٧/٢.

أهلية الأداء، وإن لم يترتب عليه ضياع التمييز والعقل، فحكمه حكم الصبي المميز تماماً، أي أن له أهلية أداء ناقصة، فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية جائزة وصحيحة منه حتى ولو لم يأذن له وليّه، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً كتبرعه بماله للغير لا تكون صحيحة منه حتى ولو أذن له وليّه، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فتكون صحيحة منه بأذن الولي وإجازته[1].

وأما القانون المدني المصري فلا يفرق بين المجنون والمعتوه في الأحكام، فكل منهما فاقد الأهلية، وجميع تصرفاتهما باطلة.

فنص في مادته الخامسة والأربعون على أنه: لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون».

وأضاف في المادة ١١٤ منه: «يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر».

وهذان النصان يخالفان أحكام الفقه الإسلامي، لأن المعتوه إذا بقي عقله وتمييزه كان كالصبي المميز تماماً، فهو إذن في مرحلة متوسطة بين العاقل والمجنون.

ثالثاً : النوم والإغماء : فالنوم فتور طبيعي يمنع فهم الخطاب ويمنع الاختيار والأداء فهو -إذن- عارض مؤقت ولكنه طبيعي، ولذا لا يؤاخذ النائم بعبارته، فأقواله في هذه الحالة لغو لا

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٨٢. أصول الفقه للأستاذ زكريا البري ٢٩٧.

يترتب عليها أي أثر لانعدام القصد والإرادة.

وأما الأغماء: فهو مرض في القلب أو الرأس يترتب عليه إيقاف القوى المحركة للإنسان أو المدركة فيه مع بقاء العقل. فهو عارض مؤقت أيضاً ولكنه عارض غير طبيعي. وحكمه حكم النوم، أي أن عباراته وعقوده ملغاة لا يترتب عليها أيضاً أي أثر.

رابعاً: المرض:

المرض عارض يصيب الشخص ولا يؤثر على أهلية الأداء إلا إذا كان المرض مرض موت.

ومرض الموت هو الذي يتوافر فيه أمران: أحدهما: أن يغلب على الظن فيه الهلاك عادة، سواء كان مرضاً خطيراً لا يبرأ منه في الغالب أحد، أو مرضاً مزمناً يتزايد يوماً بعد يوم، أما الأمراض العادية والتي يشفى منها الإنسان غالباً يصاب بها أكثر من مرة الصداع ونزلات البرد والسعال والرمد الربيعي والصديدي وما شابه ذلك فإن المريض بها لا يعتبر مريض مرض موت.

هذا وقد ألحق الفقهاء بحالة مرض الموت حالات يغلب على الظن فيها الهلاك مع إنها ليست من الأمراض، ولكن نظراً للحالة النفسية التي يكون فيها هذا الشخص وهي حالة خطيرة بلا شك تجعله يتوقع الموت في أي لحظة إن لم تحدث له معجزة من السماء تنجيه من الهلاك المحقق.

مثال ذلك: المسافر بحراً بسفينة وحدث للسفينة حادث وأشرفت على الغرق، أو محاصرة النيران لشخص في منزله أو منعه وفقدانه الأمل في النجاة، والمحكوم عليه بالإعدام بعد قيامه بالطعن بجميع طرق الطعن المقررة وفقدانه الأمل في العفو، والأسير لدى دولة لا تلتزم بالعهود والمواثيق الدولية في عدم قتل الأسرى مع اشتهارها بذلك.

ثانيهما: أن يتصل به الموت فعلاً، سواء أكانت الوفاة من هذا المرض أم بسبب آخر كمن كان مريضاً بمرض خطيراً لا يشفى منه أحد غالباً ، ولكنه لم يمت بسببه وإنما قتله شخص ما، أو شب حريق بمنزله ومات مختنقاً من الدخان الناتج من هذا الحريق.

أما إذا كان مريضاً بمرض لا يعرف مدى خطورته ، وهل يعد المصاب به مريضاً مرض موت أم لا. يسأل الأطباء المتخصصون العدول في ذلك. لقوله تعالى: ﴿اسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ﴾.

نفهم مما تقدم أنه: إذا مرض إنسان بمرض لا يغلب فيه الهلاك عادة، كالصداع أو المغص العادي وتوفى المصاب به بعد أن أبرم عقداً من العقود، فإن هذا المريض لا يعتبر مريضاً مرض موت بالنسبة لهذا العقد، وإنما يكون حكمه حكم العقود حال الصحة. وكذلك إذا مرض بمرض يغلب فيه الهلاك عادة وأبرم عقداً من العقود أو تصرفاً من التصرفات ثم شفي من هذا المرض ، فإن هذا العقد أو التصرف يكون

صحيحاً كأنه صادر حال الصحة.

تأثير مرض الموت على الأهلية:

إن هذا العارض وإن عدّ من ضمن عوارض الأهلية في كتب أصول الفقه، إلا أنه في الحقيقة لا يؤثر في أهلية الوجوب أو الأداء لأن مناط الأولى الحياة، ومناط الثانية العقل والتمييز، والمريض المذكور متمتع بالحياة وبالعقل والتمييز، وعلى ذلك فهو ليس من عوارض الأهلية وعده منها على سبيل المجاز وليس على سبيل الحقيقة.

تأثير مرض الموت على التكاليف:

إن هذا المرض وإن رفع التكليف بالنسبة لبعض العبادات لعجز المريض عن أدائها إلا أنه لا يؤدي إلى إسقاط الوجوب في الذمة، بل يقتصر أثره على إسقاط وجوب الأداء وهو مريض، لعجزه عن أدائها حكماً. ولذا يجب عليه أداء هذه العبادات إذا منّ الله عليه بالشفاء.

فعلى سبيل المثال: يجوز له الفطر في رمضان، وترك الجمعة والجماعة، والتيمم، وغير ذلك من العبادات التي نص على رفع الإلزام فيها من المريض.

تأثير مرض الموت على صحة التصرف:

إن هذا المرض يعتبر مانعاً من موانع التصرف لمن يلم به، حماية لمصلحة الورثة والتصرف الذي يمنع منه هو التصرف بدون عوض في

ماله، في حدود الثلثين، والحكمة من ذلك: أن تصرفه في هذه الحالة يعتبر وصية، والوصية ممنوعة في أكثر من ثلث التركة، لكيلا يترك ورثته عالة يتكففون الناس.

فهو يشبه الراهن لأنه يمنع أيضاً من التصرف في المال المرهون لمصلحة الدائنين وعلى ذلك فالمريض مرضاً خطيراً يؤدي غالباً إلى الموت، له حرية التصرف في ثلث التركة وما زاد عن ذلك فإن للورثة الحق في إبطاله.

ومنعه من التصرف لا يعني أنه فاقد لأهلية التصرف لأن مناطها العقل والتمييز والمريض بهذا المرض متمتع بهما، ولكن شرع هذا القيد على حرية التصرف، حماية لمصلحة خاصة وهم الورثة لكيلا يتركهم فقراء بعد أن كانوا في رغد من العيش فالشخص إذا اعتبر في حالة من حالات مرض الموت فإن حقوق الدائنين والورثة يتعلق بماله عند اصابته بهذا المرض، استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن هذا التعليق لا يكون إلا بعد الموت، والسبب في تقرير هذا الاستثناء هو أن هذا المرض يعقبه الوفاة غالباً فاعتبر المريض به كأنه ميت منذ إصابته به، حماية لحقوق الغرماء والورثة كما ذكرنا، لأن الأمور تستند إلى أسبابها، فكأنها وجدت عند وجود إصابته به بحكم الشرع وإن تأخر الموت فترة بعد إصابته بمرض الموت في الحقيقة والواقع.

ويمكن القول بأن الشخص المريض بهذا المريض، يتصرف في أمواله غالباً تصرف من ينتظر الموت بين لحظة وأخرى، أي أن الوفاة

آتية لا محالة، فاعتبر ميتاً منذ إصابته بهذا المريض حفاظاً على دائنيه وورثته حتى لا يتصرف تصرفاً يضر بحقوقهم ، فالحقوق المتعلقة بمال المريض مرض الموت هي:

١- حقوق المريض في قضاء حاجياته المعيشية التي لا يستغنى عنها بأي حال من الأحوال، كالطعام والملابس والعلاج وأجرة المسكن ونفقة من تلزمه نفقته، إلى آخر النفقات الضرورية التي تتصل بحاجات الإنسان الأصلية.

٢- حقوق الدائنين إن كان مديناً: وهذه تتعلق بجميع أموال المريض إن كان ديناً مستغرقاً وبما يقابله ويساويه من ماله إن كان ديناً غير مستغرق، وهذا لا يؤثر على بند نفقاته الضرورية والتي تحدثنا عنها سلفاً.

٣- حقوق الورثة: وهذه الحقوق لا تتعلق بجميع أمواله، وإنما بثلثي ماله فقط، لأن الثلث الباقي قد خصصه الشارع الحكيم للمريض لينفقه في وجوه البر والخير والإحسان لكي يتدارك مافاته من تقصير في حياته الدنيوية فما يتبقى منه يضاف إلى الأموال المتروكة للورثة.

وإذا مات هذا المريض يتعلق بتركته أربعة حقوق فقط مرتبة كالآتي:

١- تجهيزه ودفنه ومن تلزمه نفقته إذا مات قبله ولو بلحظة أو ثانية.

٢ - سداد الديون. ٣- تنفيذ الوصايا في حدود الثلث.

٤- توزيع الباقي على الورثة وفقاً لجداول الميراث المحددة من الشارع.

هذا وإذا كان مرض الموت يجعل الحقوق الثلاثة -حقوق المريض،

والدائنين، الورثة -متعلقة بأمواله وقت إصابته بهذا المرض، فما هي حكم عقوده وتصرفاته التي ينشئها وهو في هذه الحالة؟

اتفق الفقهاء على أن المريض مرض الموت يتمتع بأهلية وجوب كاملة، وأهلية أداء كاملة طالما أنه حي بالغ عاقل رشيد خال من عوارض الأهلية.

والقاعدة العامة في تصرفات المريض الجائزة والممنوعة: أن كل تصرف يحتاج إليه ولا يستغنى عنه أو التصرف الذي لا يمس حقوق الدائنين أو الورثة تصرف جائز وصحيح ونافذ ولا يتوقف على إجازة أحد. وأن ماعدا ذلك من التصرفات يكون موقوفاً على إجازة دائنيه أو الورثة. وسنفصل ذلك فيما يأتي:

أولاً : التصرف بعوض:

إذا تصرف هذا المريض في شيء من أمواله بثمن المثل وبلا مجاملة ومحاباة، فإن تصرفه هذا من التصرفات الصحيحة وينفذ في حياته، ولا يكون لدائنيه أو لورثته الحق في إبطاله بعد وفاته، لأن بيعه لجزء من أمواله يكون غالباً لقضاء حاجياته المعيشية والعلاجية، ومما لاشك فيه أن حقوق هذا المريض مقدمة على حقوق الآخرين غرماء أو ورثة، ومعلوم أن حقوقهم لا تتعلق إلا بالأموال الزائدة عن نفقاته الضرورية، وإذا افترضنا جدلاً أن هذا الشخص مات دون إصابته بأي مرض بعد إبرامه لهذه التصرفات لحكمنا على هذه التصرفات بأنها صحيحة ونافذة.

وعلى ذلك فإن للمريض المذكور أن يبيع وأن يشتري بثمن المثل. أي بلا محاباة في جميع المعاوضات. هذا ويستوي أن يكون تصرفه الذي لا محاباة فيه لأجنبي أو لوارث عند الجمهور. أما أبوحنيفة فيرى أن التصرف إذا كان لأحد الورثة فإن لباقي الورثة الحق في المطالبة بإبطاله، حتى ولو لم يكن هناك محاباة بأن باعه بثمن المثل. لأن حقوق الورثة عنده متعلقة بأعيان التركة لا بقيمتها، فتصرفه في عين من التركة لأحدهم يضيع على الباقين حقهم فيها حتى وإن كان بلا محاباة وبلا مجاملة. وخلفه أصحابه في ذلك، فقالوا: بأن حقوق الورثة كالغرماء تتعلق بمالية التركة لا بأعيانها. فإذا تصرف بثمن المثل دون محاباة لم يفت شيء من مالية التركة لأن العين المتصرف فيها بالبيع قد حل محلها في التركة بدلها[1] وهو قيمتها المالية أو ثمن المثل الذي بيعت به.

ثانياً: التصرف بدون عوض:

إذا تصرف هذا المريض في شيء من أمواله بدون عوض كالهبة والوقف والصدقة أو البيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء بأكثر من ثمن المثل. فإن جميع هذه التصرفات تأخذ حكم الوصية، ومن المعروف أن الديون تسدد قبل تنفيذ الوصية فإن استغرقت الديون التركة، بطلت هذه التصرفات من حين صدورها، هذا إذا لم يبرئ الدائنون المتوفى، فإن أبرأوه نفذت تلك التصرفات في حدود الثلث، ووزع ثلثي التركة على الورثة، فإذا زادت هذه التصرفات عن ثلث التركة توقفت هذه

(١) أ.د.حسين حامد :المدخل ٣٥٠، الشيخ علي الخفيف. المرجع السابق. ص١٠٧.

الزيادة على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذت، وإن رفضوها بطلت. وأما إذا كان الدين غير مستغرق فإن هذا الدين يسدد أولاً ثم تنفذ هذه التصرفات في حدود ثلث ما تبقى من التركة، ويوزع ثلثي الباقي على الورثة وتطبق نفس القاعدة السابقة في حالة زيادة التصرفات عن ثلث التركة، أي تتوقف على إجازة الورثة لهذه الزيادة[1].

ويلزم التنويه إلى أن وصية المريض المذكور إذا كان قد أوصى يطبق عليهما نفس الحكم السابق.

شروط التصرف الذي يأخذ حكم الوصية: ولا ينفذ في حق الدائنين في حدود دينهم ، ولا ينفذ في حق الورثة في حدود الثلثين:

١- أن يكون التصرف بدون عوض أو بعوض أقل من ثمن المثل كالوقف والهبة آخر الأمثلة السابقة أو المتاشبهة. أما إذا كان التصرف بثمن المثل أو أزيد منه في حالة البيع، أو بثمن المثل أو بأقل منه في حالة الشراء فإن هذا التصرف يكون صحيحاً ونافذاً في حق الدائنين والورثة وليس لهم حق الاعتراض عليه أو طلب إبطاله بعد مماته لأن هذا التصرف وما يشبهه يبرم غالباً لحاجة المريض إلى الثمن في علاجه ونفقاته وهي مقدمة على حقوق الغرماء والورثة كما ذكرنا.

٢- أن يكون هذا التصرف في عين من أعيان التركة، لأنه إذا كان في المنافع فإنه ينفذ في حق الدائنين والورثة كالإجارة والمزارعة والإعارة، لأنهم ليسوا لهم الحق في الاعتراض عليه، لأن المنافع

---

(١) المغني:٥/٦٢٧.

ليست من الأموال عند الحنفية، ومعروف أن التصرف في الأموال هي التي لا تنفذ في حقهم، هذا بالإضافة إلى أن التصرف في المنافع تنتهي بمجرد موت المتصرف، أي أن الأعيان المؤجرة أو المعارة تعود إليهم بعد موته، ويستطيع هؤلاء الغرماء والورثة أن يستخدموا حقوقهم عليها فلا يلحقهم ضرر من هذا التصرف.

أما الجمهور فقد اعتبروا المنافع من الأموال وأعطوا التصرف فيها حكم التصرف في أعيان التركة.

٣- أن يكون التصرف في أصل الأعيان لا فيما يتعلق بربحها أو غلتها، فإن تعلق بريع الأعيان أو غلتها، كالشركة والمضاربة، فإن هذا التصرف يكون صحيحاً ونافذاً في حق الدائنين والورثة، وليس لهم الاعتراض أو المطالبة بإبطاله بعد موت المريض، لأن أصل المال باق، ولن يصيبهم ضرر من جراء هذا التصرف هذا بالاضافة إلى أن الشركة تبطل وتنحل بموت الشريك، وبالتالي يعود رأس المال إلى تركة المريض بعد وفاته[1].

حكم إقرارات المريض:

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

يرى الشافعية[2]: أن إقرار المريض صحيح ونافذ في حق الدائنين والورثة لأن المريض قد أصبح في حالة يصدق فيها الكذوب ويتوب فيها العاصي، ويريد إبراء ذمته قبل موته، ولا فرق عندهم بين الإقرار

---

(١) أ.د.حسين حامد:المرجع السابق. رقم ٣٥٢ ، الشيخ علي الخفيف ، ص١٠٦، ١٠٧.

(٢) فتح الوهاب على شرح منهج الطلاب لأبي يحيى زكريا الأنصاري: ٢٢٤/١.

لوارث أو لغيره.

وأما الحنابلة [1] في الراجح عندهم فيتفقون مع الشافعية إذا كان الإقرار لغير الوارث ، أما إذا كان لوارث فإنه لا يكون صحيحاً -لأنه متهم فيه- إلا بالبينة هذا وهناك روايتان أخريان في المذهب الحنبلي هما ما يأتي:

أ - أن إقراره لغير الوارث لا يقبل لأنه إقرار في مرض الموت فأشبه الإقرار لوارث .

ب - أن إقراره لغير الوارث لا يقبل إذا زاد على الثلث، لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث، لذا فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دونه.

وأما الحنفية[2] فيفرقون بين الإقرار بدين لوارث وبين الإقرار لغير الوارث. فإذا كان الإقرار لأحد الورثة فإن هذا الإقرار لا يكون نافذاً إلا إذا أجازه باقي الورثة. لاحتمال تفضيله لبعض الورثة ، وهذا غير جائز. أما إذا كان الإقرار لغير وارث -الأجنبي- فإنه يكون نافذاً في حق الغرماء والورثة، غير أن الدين الثابت بهذا الإقرار ويسمى دين المرض، يكون تالياً في المرتبة لدين الصحة ولا يؤدي إلا بعد أدائه.

وأما المالكية فيفرقون بين إقراره لغير الوارث ومن لا يتهم بمحاباته

(١) المغني: ٥/٢١٣.

(٢) تبيون الحقائق للزيلعي: ٥/٢٦.

وبين إقراره لبعض ورثته، فالإقرار الأول جائز ونافذ وهو كإقرار الإنسان المتمتع بالصحة وأما الإقرار الثاني ففيه روايتان: الأولى: إقرار جائز ونافذ حتى تتبين التهمة فيه. والثانية: إقرار المريض لوارثه في مرضه الذي مات فيه محمول على الوصية، لا يجوز إلا لمن لا يتهم فيه، أو لمن يظهر له ما يدفع التهمة عنه، مثل أن يقيم بينة ، فإن أقام هذه البينة قضى له به، وإلا فإقرار المريض للوارث مردود والأول أصح[1].

خلاصة القول في هذه المسألة:

إن إقرار المريض لغير الوارث جائز صحيح عند جمهور الفقهاء.

وأما إذا كان للوارث فهو غير جائز عند الجمهور إلا بالبينة كما هو رأي المالكية والحنابلة أو بإجازته من باقي الورثة كما يرى الحنفية.

خامساً: السفه:

والسفيه هو الذي يبذر ماله في المعاصي أو في الإسراف على خلاف مقتضى العقل والشرع.

فالسفيه ينفق ماله ببذخ في الأوجه التي لا يعدها العقلاء صحيحة، كالقمار وشرب الخمر، وهي من المعاصي، أو في التبرع الكبير لبناء المساجد، والمستشفيات، والمدارس، وأوجه الخير الأخرى.

(١) الكافي:٤٥٧.

ويرى الجمهور [1] ماعدا أبي حنيفة: أن السفيه [2] يجب الحجر عليه صغيراً، أم كبيراً، شيخاً أم شاباً. وبيعه باطل ويرد عليه ماباع، ولا يرجع عليه بشيء من ثمنه إن كان أتلفه، ولا يتبع المحجور عليه بشيء لا في حال سفهه ولا بعد تحسن حالته ولا تتبع ذمته.

ويرى الشافعية والحنابلة وأبو يوسف: أن الحاكم أو من ينيبه هو الذي يحجر عليه ويرفعه، لأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه.

أما أبي حنيفة[3]: فإنه يرى أن البالغ العاقل لا يحجر عليه للسفه وتصرفه نافذ ولو حجر عليه القاضي لم ينفذ حجره.

سادساً : الغفلة:

ذي الغفلة هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرف الرابح فيغبن في المعاملات المالية.

ويرى الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية وأبويوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، أن ذي الغفلة يجب عليه الحجر كالسفيه، ويطبق عليه جميع الأحكام المطبقة على السفيه، فكلاً منهما ضعيف في إرادته ولا يستطيع السيطرة عليها، فهو متلف لماله يبعثره يميناً وشمالاً، وذي الغفلة ضعيف في إدراكه، فيغبن في معاملاته وفي عقوده التي

(١) الكافي ٤٢٣، فتح الوهاب ٢٠٧. المغني ٥١٨/٤.

(٢) الحجر لغة: المنع من التصرفات المالية.

(٣) البدائع: ١٦٩/٧.

يبرمها[1].

سابعاً : الدين المستغرق:

وهو الدين الذي تتساوى قيمته مع قيمة ممتلكات المدين أو تزيد عليها.

هذا ، وقد اختلف الفقهاء في الحجر على المدين الذي استغرقت الديون تركته إذا امتنع عن سداد هذه الديون وماطل في الوفاء بها، وطالب دائنوه بتوقيع الحجر عليه ضماناً لاستيفاء ديونهم.

فجمهور الفقهاء -مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وأبويوسف ومحمد- يرى جواز توقيع الحجر علي هذا المدين، إذا طلب دائنوه ذلك. ولكنهم اختلفوا في توقف هذا الحجر على حكم القضاء:

فيرى الشافعي وأبويوسف ومحمد[2] أن هذا الحجر لا يكون إلا بحكم من القضاء.

ويرى مالك أن الحجر يوقع علي المدين بدين مستغرق دون توقف على حكم من القضاء [3] مراعاة لمصلحة الدائنين، ولذا فإن من حقهم ابطال أي تصرف أو إقرار يضر بحقوقهم.

---

(١) د.سلام مدكور :مباحث الحكم عند الأصوليين، ص٣١٤.

(٢) البدائع ١٦٩/٧.

(٣) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي:٢٦٥/٣.

هذا ويتعلق بالحجر أربعة أحكام:

أحدهما: تعلق حق الغرماء بماله التي يمتلكها وقت الحجر عليه، فلا يقبل إقراره عليه ولا يصح تصرفه فيه.

الثاني: أن من وجد عين ما باعه أو أقرضه أو أجره ولم يمض من مدتها شيء، ونحو ذلك -ولو بعد حجره جاهلاً به- فهو أحق بها.

الثالث: بيع الحاكم ماله، وتقسيم ثمنه فوراً، إذا لم يكن هذا المال من جنس الدين، أما إذا كان هذا المال من جنس الدين فإنه يقسم بينهم. هذا مع ترك ما يحتاج إليه من مسكن وخادم لمثله بشرط أن لا يكون من عين مال أحد الدائنين، وإن كان له داران يستغنى بأحدهما بيعت الأخرى، وإن كان له مسكن واسع عن سكن مثله واشترى له مسكن مثله، ووزع الفضل على دائنيه ويترك له آلة حرفة إذا كان من أصحاب الحرف، فإن لم يكن صاحب حرفة ترك له ما يتجر به لورثته، حتى يتمكن من الانفاق على نفسه وعلى من تلزمه نفقته من ماله بالمعروف. وهو أدنى ما ينفق على مثله، وأدنى ما يسكن مثله من ماكل ومشرب وكسوة إلى أن يفرغ من قسمه بين دائنيه.

هذا إذا لم يكن له كسب يفي بجميع ماذكرنا، وإن كان له كسب ولكنه لا يفي كملت من ماله.

وعلى الحاكم أن يبدأ أولاً بمن عنده رهن فيخصه بثمنه، فإن بقي

دين لهذا المرتهن حاصص الدائنين الأخرين، وإن بقي شيء من ثمن العين المرهونه ردّ على المال.

ثم يقسم الباقي على قدر ديون من بقي، ولا يلزم الدائنين بيان أن لا غريم سواهم.

الرابع : انقطاع الطلب عن المحجور عليه، فمن أقرضه مالاً أو باعه شيئاً، لم يملك أن يطالبه بشيء حتى ينفك حجره[1].

** **

المطلب الثالث
الولاية

الولاية لغة: القرابة والإمارة والسلطان، والبلاد التي يتسلط عليها الوالي.

وأما الولي: فهو كل من ولي أمراً أو قام به، والنصير والمحب والصديق والحليف والصهر[2].

وأما شرعاً: سلطة شرعية مقررة لشخص على آخر، تجعل

(١) منتهى الإرادات لابن النجار: ٤٢٩/١ ومابعدها، الاقناع لشرف الدين المقدسي الحنبلي: ٢١٠/٢ ومابعدها. قوانين الأحكام الشرعية لابن جزئ ، ص٣٢٧.

(٢) المعجم الوسيط باب الواو، ص١٠٥٨.

تصرفاته وأقواله نافذة على الغير شاء أم أبى.

الولاية نوعان: ولاية على المال، وولاية على النفس.

فالولاية على المال تثبت للأب ووصي الأب والجد ووصي الجد، ثم القاضي ووصية عند الأحناف والشافعية[1]. وأما عند الحنابلة والمالكية[2] فإنهم لا يثبتون الولاية للجد ولا لوصية لأن الجد يستوي مع الأخ في درجة القرابة، ولا ولاية للأخ فكذلك الجد. فهم يرون أن الجد ليست لديه الشفقة اللازمة في المحافظة على أموال القاصر واستثمارها وتنميتها.

وهذا النوع من الولاية مقرر لابرام التصرفات المالية لحساب المولي عليه والتقيد بأثارها وتنفيذها. وهذه الولاية تثبت على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة. سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً، حماية لأموالهم وحتى لا تضيع أو تتلف ، وحتى لا يشرد هؤلاء الأشخاص. أما الولاية على النفس فهي التي تتعلق بنفس المولي عليه.

والولاية على النفس ثلاثة أنواع:

أ - ولاية التربية الأولى للصغير وهي التي يسميها الفقهاء بالحضانة: وينصب دور الولي في هذه المرحلة على رعاية شئون الصغير بحفظه وإعداد طعامه وشرابه ودوائه.

ب - ولاية المحافظة على نفس الصغير وصيانته والقيام بتربيته وتهذيبه،

---

(١) فتح الوهاب: ١/٢٠٧ . البدائع: ٢/٢٥٠.

(٢) الاقتناع لشرف الدين الحنبلي: ٢/٢٢٣. الشرح الكبير: ٣/٣٠٠.

ويسميها بعض الفقهاء بالكفالة ولكن جمهور الفقهاء يسميها بالحضانة أيضاً.

ج - ولاية التزويج ويقصد بذلك تزويج المعتوه والمجنون والذكر والأنثى، للمصلحة الظاهرة في ذلك، فقد يكون في زواجها شفاء لهما من الآفة التي أصابتهم.

وأما الجمهور فيرى جواز تزويج الصغير والصغيرة إذا اقتضت الحاجة أو المصلحة ذلك.

وسنكتفي بهذه الكلمة الموجزة عن ولاية النفس لأننا هنا نتحدث عن نظرية العقد، وما يناسب المجال هنا هو الحديث عن الولاية على المال فقط بالتفصيل. وأما الولاية على النفس فستتحدث عنها بالتفصيل في مقرر السنة الثانية إن شاء الله.

هذا وينظم القانون رقم(١١٩) لعام ١٩٥٢م، الولاية على المال، ومواد هذا القانون مستمدة من الشريعة الإسلامية في مجملها. فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه: للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة».

هذا ، وقد نصت المادة (٢٩) من هذا القانون على أنه: «إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً، ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة

غيره».

ومن هذا النصين يتضح لنا أن تعيين وصي على القاصر من حق الأب والمحكمة. أما الجد ووصي الأب ووصي الجد فليس له الحق في تعيين الوصي، وعلى ذلك فالقانون المذكور قد أسقط وصي وصي الأب، ووصي الجد من الأولياء الذين اعتبرهم المذهب الحنفي، وإسقاط وصي وصي الأب يتفق مع مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، وإسقاط وصي الجد يتفق مع مذهب المالكية والحنابلة لأنهم لا يجعلون للجد ولاية على المال فالوصي من باب أولى.

هذا، وقد أتت المادة (٦٥) من القانون المذكور بحكم آخر وهو: «يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفله، ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون كما تنص المادة (٦٨) من هذا القانون على أنه: «تكون القوامة للإبن ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة» وما أخذ به القانون في هاتين المادتين يتفق مع مذهب المالكية والحنابلة وأحد القولين في مذهب الحنفية والشافعية[1].

ويلزم التنويه إلى أن العمل أمام القضاء يجري على عدم عودة الولاية للولي أثناء فترة الصغر إذا بلغ الشخص رشيداً، فإذا أصيب

(١) راجع المهذب: ٣٣/١١ : أما جمهور الحنفية والشافعية ، فإنهم يرون أن الولاية في هذه الحالة لمن كانت له قبل البلوغ على الترتيب المتقدم ذكره.

بعارض من عوارض الأهلية مثل الجنون أو العته أو السفه، فإن الولاية على ماله تكون للقيم التي تعينه المحكمة لإدارة أمواله.

شروط الولي وحدود سلطاته:

اشترط الفقهاء في الولي على مال المحجور عليه شروطاً ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً، لأن غير المكلف لا يستطيع أن يلي أمور نفسه فكيف يلي أمور غيره.

الشرط الثاني: أن يكون متحداً في الدين مع المولي عليه، فإن خالفه لم تجز ولايته، فلا ولاية للمسلم على غير المسلم ولا لغير المسلم على المسلم.

قال تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾.

الشرط الثالث: أن يكون الولي أميناً على مصالح المولي عليه، وقادراً على القيام بالتصرفات التي تقتضيها الولاية[1]. وهذه الشروط تكون معتبرة عند الموت لا عند الإيصاء، هذا وقد نص قانون الولاية على المال في مادته(٢٧) على أنه يجب أن يكون الوصي عدلاً، كفؤاً، ذا أهلية كاملة إلى آخر المادة، فقد عددت الأشخاص الذين لا يجوز

---

(١) وزاد الحنابلة: «أن يكون عدلاً ولو ظاهراً» الاقناع الحنبلي: ٢/٢٢٣. حاشية البيجرمي: ٣/ ٢٨٨.

لهم أن يعينوا أوصياء[1].

حكم عقود الولي وتصرفاته:

إن الولي لايكون مطلق التصرف في أموال من هو تحت ولايته، وإنما هو مقيد بمراعاة مصلحة المولي عليه، وصيانة ماله، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ (الإسراء: الآية٣٤) فهذه الآية تنهىٰ عن التصرف في مال اليتيم إلا إذا كان التصرف مقصوداً منه الحفظ أو الاستثمار وهذه الآية وإن جاءت في اليتيم خاصة إلا أن المجنون والمعتوه والسفيه في حكم اليتيم وأموالهم

(١) المادة (٢٧) يجب أن يكن الوصي عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً:

١- المحكوم عليه جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

٢- من حكم عليه لجريمة كانت تقتضي سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته.

٣- من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

٤- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

٦ - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

٧ - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجة وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر.

ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر، فإن لم يكن من طائفته فمن مذهبه وإلا فمن أهل دينه.

كأمواله. لأنهم مشتركين في علة واحدة، وهي الضعف والحاجة إلى من يرعى أموالهم ويحافظ عليها ويستثمرها.

والقاعدة العامة التي تحكم تصرفات الولي هي: أن التصرف النافع نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية يكون جائزاً عند جميع الفقهاء.

أما التصرف الضار ضرر محضاً فهو باطل عند الجميع بلا خلاف كهبة مال المولي عليه.

وأما التصرف الذي يدور بين النفع والضرر كالبيع والإجارة والشركة فإنها تكون جائزة إذا كان للمولي عليه فيها حظ ، لأن إدارة أمواله واستثمارها يستلزم إجراء مثل هذه التصرفات.

هذا، ويجب ملاحظة أن سلطة الأولياء والقيود التي تفرض عليها ليست واحدة، فقد يعطي الولي سلطة كاملة في التصرف، وبعضهم يتقيد في إجراء بعض التصرفات بقيود معينة، أو الزامه بعرضها على القاضي وضرورة حصوله على إذن منه قبل إبرامها. وسنفصل القول في هذه المسالة على النحو التالي:

أ - سلطة الأب ، لقد أعطى الفقهاء للأب حرية التصرف في أموال ابنه القاصر، فله إجراء جميع التصرفات ماعدا الضار منها ضرراً محضاً، فله أن يبيع أمواله عقاراً كان المال أم منقولاً، وله أن يشتري بماله ويتجر فيه كما يشاء.

هذا ويجب ملاحظة أن الشافعية والحنابلة لا يقرون تصرف الأب في العقار المملوك لابنه بالبيع إلا لحاجة كنفقة وكسوة بأن كانت غلة العقار لا تفي بذلك، ولم يجد من يقرضه أو لم ير المصلحة في الاقتراض، أو غبطة ظاهرة كأن يبيعه لشريك أو لجار بأكثر من ثمن مثله ويشتري له عقار آخر يتفق معه في جميع مواصفاته ببعض من ثمنه أو يشتري له عقاراً أفضل منه بالثمن جميعه.

ويرجع السبب في إعطاء الأب هذه الصلاحيات والسلطات إلى وفرة الحب والشفقة عنده لابنه، لذلك أعطى الفقهاء لهذا الأب جواز التعاقد مع نفسه عند شرائه مال ابنه أو بيعه ماله لابنه.

هذا، وقد قيد قانون الولاية على المال سلطة الأب في بعض التصرفات واستلزم حصوله على إذن من المحكمة[1].

ب - سلطات وصي الأب:

الوصي هو من يقوم مقام غيره لإدارة تركته بعد وفاته وتدبير شئون الصغار ومن في حكمهم من أولاده كالمجنون والسفيه. فإن أقامه الأب أو الجد سمي بالوصي المختار، وهذا الوصي له من السلطات مثل ما للأب باستثناء بعض التصرفات الآتية نظراً لعدم توافر شفقة الأب ورحمته عنده:

١- لا يجوز للوصي أن يبيع عقار القاصر إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة، وقد سبق التمثيل لهذه الحالة عند تسجيل رأي الشافعية

(١) راجع المادة (٧) من القانون (١١٩) لسنة ١٩٥٢.

في سلطات الأب، وقد قلنا أن الشافعية يشترطون هذا الشرط بالنسبة للأب أيضاً[1].

٢ - لا يجوز للوصي أن يبيع من ماله للمولي عليه أو يشتري مال المولي عليه نفسه إلا إذا كان في هذا البيع أو الشراء غبطة ظاهرة أي ربح ظاهر له.

وللقاضي سلطة تقديرية في مدى هذه الغبطة في اعتقادي ورأيي.

وقد حدد الحنفية ذلك ببيع العقار بضعف قيمته أو شرائه بنصف قيمته. ولكنهم اختلفوا في المنقول: فمنهم من يرى أن الغبطة تتحقق إذا اشترى الوصي لنفسه من المولى عليه السلعة التي تكون قيمتها عشرة بخمسة عشرة ، أو يبيعه السلعة التي تكون قيمتها خمسة عشرة بعشرة فقط.

ومنهم من يرى أن هذه الغبطة تكون متحققة إذا اشترى الوصى لنفسه من المولي عليه، ما قيمته تسعة بعشرة أو يبيعه ما قيمته عشرة بتسعة فقط.

٣- لا يجوز لوصي الأب أن يبيع مال الصغير المولي عليه لصغير آخر، بحيث يتولى إبرام العقد نيابة عن طرفيه ، هذا مع ملاحظة أن الأب يجوز له ذلك.

٤ - لا يجوز لوصي الأب أن يتولى وحده طرفي عقد العمل أو المزارعة أو المضاربة بينه وبين الصغير، أي لا يجوز له أن يؤجر نفسه للصغير، ولا أن يكري الصغير على القيام بعمل عنده، ولا

(١) المهذب :١/ ٣٣٠. الشرح الكبير :٣/ ٣٣٩. الفتاوى الهندية:٦/ ١٤٤.

أن يكون مزارعاً في أرض من هو تحت ولايته ولا مضارباً في ماله.

هذا، مع ملاحظة أن كل هذه التصرفات يجوز للأب أن يقوم بمباشرتها، ولوصي الأب ولاية على تركة الأب فله أن يبيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا(1).

ج - سلطات الجد:

الأب مثل الجد ولايته على أحفاده مستمدة من الشارع مباشرة، ولذا فإن له من السلطات مثل ما للأب دون فرق بينهما.

ولكن مع ذلك فإن من الفقهاء من يرى أن الجد ليس له ولاية على تركه الأب فلا يكون له أن يبيع شيئاً منها لسداد الديون أو تنفيذ الوصايا، بل يجب عليه أن يعين وصياً لتصفية هذه التركة وسداد ما عليها من ديون وتنفيذ ما تشتمل عليه من وصايا ثم يمارس الجد سلطاته على ما يخص القصر من أموال بعد الانتهاء من كل ذلك.

وهناك رأي ثالث يرى التسوية بين وصي الأب والجد في الولاية على التركة نفسها وحق بيعها في الديون.

د - سلطات وصي الجد:

هذا الوصي له سلطات وصي الأب، أي أن له الولاية على التركة

(1) هذا ويرى الشافعية بأن نصيب وصي على الأطفال ونحوهم والجد حي حاضر غير جائز من الأب لأن ولاية الجد ثابتة شرعاً فليس له نقل الولاية عنه». مغني المحتاج:٧٦/٣.

نفسها، فله أن يبيع منها للوفاء بالديون وتنفيذ الوصايا، هذا ويتقيد هذا الوصي بنفس القيود التي يقيد بها وصي الأب في تصرفه في مال المولي عليه.

هـ - القاضي ووصيه:

إذا لم يوجد الأب أو الجد أو وصيهما، فإن القاضي هو ولي له بحكم الشرع، ومن المعروف أن القاضي لا يستطيع أن يباشر سلطات الولي على جميع القصر الذين لا يوجد وليّ لهم، لذا أجاز الشارع له أن يعين وصياً ينوب عنه في ممارسة هذه المهام لكل قاصر، وهذا الوصي له من السلطات مثل الوصي الأب أو الجد.

باستثناء الأمور الآتية:

١- لا يجوز لوصي القاضي أن يبيع مال الصغير أو يشتريه لنفسه، بأن يتولى طرفي العقد بنفسه، حتى ولو كان في هذا البيع أو الشراء غبطة ظاهرة أو مصلحة حقيقية ومن المعلوم أن لوصي الأب القيام بهذا التصرف.

٢ - للقاضي أن يعزل الوصي الذي يعينه بلا خلاف ، أما وصي الأب أو الجد فلا يجوز للقاضي أن يعزله طالما كان مستوفياً لشروط الولاية، لأن الوصي المختار نائب عن الأب أو الجد وليس نائباً عن القاضي، ولكن إذا عزله القاضي فإن عزله يكون صحيحاً ، ولكنه يكون حراماً وفقاً للرأي الغالب.

٣ - للوصي المختار أن يعين وصياً غيره بعد وفاته، أما وصي القاضي فلا يجوز له أن يعين وصياً خلفاً له ، لأن القاضي هو الذي يملك

ذلك.

٤ - لا يجوز لوصي القاضي ان يشتري أو يبيع للصغير من قريب لا تقبل شهادته له دفعاً للتهمة، لأن هذا الوصي نائب عن القاضي والقاضي لا يملك ذلك.

٥ - أن وصي القاضي يستمد سلطاته من قرار تعيينه، وللقاضي أن يعطيه بعض السلطات ويمنعه من ممارسة البعض الآخر. أما الوصي المختار فسلطاته كاملة لا تقبل التقييد إلا بما قيده به الشرع، وسلطاته لا تتجزأ متي عينه الأب أو الجد هذا عند جمهور الفقهاء.

هذا، والمحكمة الحسبية الآن تقوم مقام القاضي في ذلك، وقد وضع قانون الولاية على المال لتنظيم سلطات الأوصياء بما يحقق مصالح الموصي عليهم، وهذا القانون وإن كان مخالفاً للفقه الإسلامي في بعض الأحكام الجزئية، إلا أنه يحافظ على أموال القصر محافظة تامة، ويرعى مصالحهم بعد انتشار الفساد وخراب الضمائر والذمم وضعف الوازع الديني في النفوس[١].

** **

---

(١) أ.د. حسين حامد، ص٣٧٦ ومابعدها.

المطلب الرابع

الوكالة

الوكالة نوع من الولاية وهي لغة: التفويض والحفظ.

وشرعاً: تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله في حياته[1].

وذلك كأن يوكل شخص إنسان آخر في أن يبيع بيته الكائن بمدينة كذا وعنوانه كذا أو يوكله في جميع التصرفات التي يجوز له مباشرتها -وهذه الوكالة تعد عقداً من العقود، ولذا تحتاج إلى قبول الوكيل. وقبوله هذا قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، فإذا وكل شخص آخر في مباشرة تصرف خاص وسكت الآخر ولم يرد، ثم باشر التصرف المطلوب منه ولو بعد حين فإن فعله يعتبر قبولاً يتم به عقد الوكالة. أما إذا لم يقبل الوكالة ثم باشر التصرف بعد ذلك فإن تصرفه هذا يعتبر تصرفاً صادراً من فضولي لا من وكيل لأن الإيجاب قد بطل برده وعلى ذلك يتضح لنا أن الوكالة لا يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما هو الشأن في العقود.

الأدلة على جواز عقد الوكالة:

١- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾(سورة التوبة/ ٦٠) فجوز العمل عليها . وذلك

(١) شرح منهج الطلاب لأبي يحيى الأنصاري بهامش البحيرمي:٤٧/٣.

بحكم النيابة عن المستحقين.

وقال تعالى أيضاً: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ فإن الحكمين وكيلان عن الزوجين في الراجح، وقوله سبحانه أيضاً: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلى المَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾(سورة الكهف/ ١٩) وهذه وكالة عن الباقين.

٢- السنة : بعث الرسول عليه السلام السعاة لأخذ الزكاة. وروى عنه صلى الله عليه وسلم، أنه وكل عمرو ابن أميه الضمري، في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة.

٣- الإجماع : أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة. ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها[1].

شروط الوكالة:

١ - شرط الموكل: أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه، فإن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه، كان مما تدخله النيابة: صح أن يوكل فيه غيره ذكراً كان أم أنثى، حراً كان أم عبداً، مسلماً كان أم كافراً.

فالموكل إذا لم يكن قادراً على مباشرة التصرف الذي يوكل فيه، فلا يتصور أن يوكل غيره في مباشرته. وعلى ذلك فالتوكيل الصادر من المجنون والصبي غير المميز توكيل غير صحيح، وكذلك التوكيل الصادر من الصبي المميز في التصرفات الضارة ضرراً محضاً، أما إذا كان

---

(١) المغني: ٥/ ٨٧. حاشية البجيرمي:٣/ ٤٧.

التوكيل الصادر من الصبي المميز متعلقاً بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً، فإنه يكون صحيحاً من غير توقف على إجارة الولي أو الوصي.

وأما إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر، فإن التوكيل فيه لا يكون صحيحاً إلا إذا أجيز من الولي أو الوصي.

٢ - شرط الوكيل: أن يكون التصرف الذي وكل فيه مما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة. فإذا كان لا يملك التصرف في شيء لنفسه فإنه لا يجوز له أن يتوكل فيه، كالكافر في تزويج مسلمة، والصبي غير المميز والمجنون في الحقوق كلها.

٣ - وأما التصرف الموكل فيه «محل الوكالة» فيشترط فيه ما يأتي:

أ - أن يكون التصرف معلوماً للوكيل، فإن قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير أو في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح. وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة.

ب - أن يكون من التصرفات الجائزة شرعاً، فإن وكله في تصرف محرم شرعاً كان التوكيل باطلاً كتوكيله في بيع الخمور أو في شرائها.

ج - أن يكون من الأمور التي تقبل النيابة شرعاً.

هذا ويجب ملاحظة أن الفعل الذي طلبه الشارع من الشخص ثلاثة أقسام:

القسم الأول : تمنع منه النيابة قطعاً:

وهو ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لخصوص الفاعل، فهذا النوع من المصالح أو التصرفات لايتم إلا بالمباشرة ، كاليمين والإيمان والصلاة والصيام ونحوها، فإن اليمين تدل على صدق المدعي، وهذه المصلحة لا تتحقق بحلف غيره، ومصلحة الإيمان الإجلال والتعظيم وإظهار العبودية لله، وهذا لن يتحقق إلا من الفاعل،وكذلك الصيام والصلاة فإنهما لن يتحققا إلا بفعل الموكل نفسه إلى آخره.

القسم الثاني: تصح فيه النيابة قطعاً:

وهو ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو، وهذا النوع من المصالح أو التصرفات لا يتوقف تحققه على المباشرة كرد الودائع والمغصوبات لأصحابها، وقضاء الديون وتفريق الزكاة ونحوها، لأن هذه المصالح وما يشبهها تكون متحققة سواء فعلها الشخص بنفسه (الموكل) أو بفعل وكيله، فإيصال الحقوق لأهلها يتحقق بفعل الموكل أو نائبه كما ذكرنا.

القسم الثالث: اختلف الفقهاء فيه فمنهم من ألحقه بالقسم الأول، ومنهم من ألحقه بالقسم الثاني.

مثال ذلك الحج. فالإمام مالك ومن وافقه يقولون: بأنه شرع لتأديب النفس وتهذيبها وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع وإظهار

الانقياد لله، وهذا الأمر -أي الحج- مطلوب من كل قادر فإذا فعله إنسان عنه لم يتحقق الهدف الذي ابتغاه الشارع منه، وهم يرون أن انفاق المال منه أمر عارض بدليل أن أهل مكة يحجون بلا مال، ولذا ألحقوه بالقسم الأول، لأن هذه المصالح لن تتحقق بفعل الغير عنه - الوكيل- ووفقاً لهذا الرأي فإن الفرض لا يسقط عمن حج عنه نائبه أو وكيله[1].

وأما الشافعية والحنابلة فإنهم يلحقونه بالقسم الثاني، لأن المصلحة فيه القربة المالية التي لا ينفك عنها غالباً.

أنواع الوكالة:

تتنوع الوكالة إلى أنواع متعددة بالنظر إلى الاعتبارات المختلفة :

أولاً : باعتبار الصيغة:

تتنوع إلى وكالة منجزة ، ووكالة معلقة ، ووكالة مضافة.

فالوكالة المنجزة : هي الوكالة التي لا تشتمل صيغتها على تعليق أو إضافة إلى زمن مستقبل كأن يقول شخص لغيره: أنت وكيلي في بيع هذا المنزل. فحكم هذه الوكالة يترتب عليها من وقت التوكيل دون التوقف على شيء آخر.

والوكالة المعلقة : هي الوكالة المعلقة على شرط. كأن يقول شخص لآخر: إذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحماً أو دفاية، وإذا جاء عيد الأضحى فاشتر لنا أضحية ، وإذا دخل رمضان فقد

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٨٠.

وكلتك في عمل كذا . . ونحو ذلك من الأمثلة.

وهذا النوع من الوكالة لا يترتب عليه أثر إلا عند حدوث الشرط ، أما قبل وجوده فلا يكون لها أثراً وحكم.

والوكالة المضافة: هي الوكالة المضافة إلى زمن مستقبل بمعنى أن صيغتها مشتملة على ذلك، كأن يقول شخص لآخر وكلتك في بيع سيارتي هذه في أول العام القادم. وهذا النوع من الوكالة يكون متحققاً من وقت التلفظ بصيغة التوكيل، ولكن لا يجوز للوكيل أن يتصرف في هذا الشيء بالبيع إلا في الوقت المضاف إليه العقد، أي أن حقه في التصرف مرتبط بالميعاد المحدد في عقد التوكيل.

ثانياً: اعتبار ما تتعلق به من التصرفات إلى وكالة عامة ووكالة خاصة.

فالوكالة العامة: هي التي تشمل جميع التصرفات كأن يقول شخص لآخر وكلتك عني في كل تصرفات أو أنت وكيلي في كل شيء ، وهذا النوع من الوكالة لا يكون صحيحاً عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، لأن فيه غرراً عظيماً وخطراً كبيراً[1] لأنه تدخل فيه هبه ماله وطلاق نسائه . . إلخ.

وأما المالكية فإنهم يجيزون التفويض العام ويدخل فيه جميع ما تصح فيه النهاية من الأمور المالية والنكاح والطلاق ، وغير ذلك إلا ما يستثنيه المفوض من الأشياء[2].

وأما الوكالة الخاصة: وهي التي تتعلق بتصرف معين كأن يقول شخص

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية: ص٣٣٩.

(٢) فتح الوهاب: ٢١٩/١. المغني: ٩٤/٥.

لآخر وكلتك في بيع سيارتي أو في إجارتها، أو وكلتك في الدفاع عني في قضية كذا ونحو ذلك.

وهذا النوع من الوكالة صحيح باتفاق بشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً ليس فيه جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع.

ثالثاً: باعتبار الإطلاق والتقييد: إلى وكالة مطلقة ومقيدة:

فالوكالة المطلقة: هي التي لا يتقيد فيها الوكيل بشيء كأن يقول شخص لآخر وكلتك في بيع منزلي هذا دون أن يحدد ثمناً معيناً أو كونه حالاً أو مؤجلاً، أو يقول له: وكلتك في تزويجي دون أن يعين له امرأة أو مهراً وهذا النوع من الوكالة اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

الإمام أبوحنيفة: يرى أن الوكيل لا يتقيد بشيء في الوكالة المطلقة، ففي الوكالة بالبيع له أن يبيع بأي ثمن وبأي نقد حالاً كان أم مؤجلاً أم مقسطاً، بغبن فاحش أو يسير، وفي الوكالة بالزواج له أن يزوجه بأي بنت سواء كانت كفؤاً له أو غير كفىء له وسواء كان المهر مهر مثلها أم لا. لأن التوكيل قد صدر مطلقاً عن أي قيد، ولو كان للموكل أي هدف أو شرط خاص لأضافه إلى التوكيل وقيده به.

وأما أبو يوسف ومحمد فيريان: بأن الوكيل يتقيد بما جرى به العرف بين الناس، فإذا خالفه كان فضولياً في هذا التصرف، وتوقف نفاذه على رضا الموكل، ففي الوكالة بالبيع يتقيد بالعرف السائد بين الناس، فلا يبيع بغبن فاحش، ولا بغير نقد البلد ولا بثمن مؤجل أو

مقسط.

وفي الوكالة بالزواج لا يزوجه بامرأة لا تكافئه ولا بمهر فيه مغالاة. فإذا فعل الوكيل شيء من ذلك كان هذا التصرف موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل[1].

وأما الحنابلة فيرون: صحة الوكالة المطلقة: فلا يشترط عندهم ذكر الجنس أو قدر الثمن لأنه إذا ذكر نوعاً فقد أذن في أغلاه ثمناً، فيقل الضرر ولأن تقدير الثمن يضر. فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله[2].

وأما المالكية والشافعية فيرون صحة الوكالة المطلقة ولكن لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل أو بنسيئة أو بغبن فاحش وهم في هذا يتفقون مع أبي يوسف ومحمد في الجملة لأنهم لم يشترطوا التقييد بعرف الناس.

وأما الوكالة المقيدة: فهي التي يقيد فيها التصرف الموكل فيه بشروط معينة، كأن يقول شخص لآخر: وكلتك في بيع سيارتي بخمسة آلاف جنيه حالاً، أو بثمن كذا مؤجل إلى سنة مثلاً، أو بثمن كذا على أقساط لا تزيد على ثلاث سنوات مثلاً.

وهذا النوع من الوكالة يتقيد فيه الوكيل بالقيود المذكورة في عقد

(١) البدائع: ٢١/٦، ٢٢.
(٢) المغني: ٩٥/٥، ٩٦.

الوكالة، لأن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل، ولذا فإنه لا يجوز له مخالفته، فإذا خالفه ننظر إن كانت المخالفة إلى الأفضل، كان التصرف نافذاً في حق الموكل لأن الرضا بشيء رضاً بما هو أفضل منه، كأن يوكله في بيع سيارته بألف فيبيعها بألف ومائتين أو وكله في بيعها بثمن مؤجل فباعها بالثمن المحدد حالاً.

أما إن كانت المخالفة عكس ذلك فإن التصرف يكون متوقفاً على رضا الموكل، لأن الوكيل بهذا التصرف المخالف يعتبر فضولياً لأنه قد خرج عن حدود الوكالة، ولذا يتوقف نفاذ تصرفه هذا على إذن الموكل، فإن أجازه نفذ وإلا فلا.

هذا عند من يقول بصحة تصرف الفضولي وهم الحنفية.

ويلزم التنويه إلى أن مخالفة الوكيل لعقد الوكالة يترتب عليه فساد تصرفه وضمانه عند الشافعية، والضمان عندهم يكون بقيمته يوم التسليم[1].

أحكام الوكالة:

إن الوكيل يقوم مقام الموكل فيما وكله فيه من التصرفات إذا باشرها بمقتضى عقد الوكالة، وهذه التصرفات تنفذ على الموكل كما لو باشرها بنفسه، لذلك فإن لها من الأحكام التي تترتب عليها لو أنها صدرت من الموكل نفسه.

(١) حاشية الدسوقي:٣/٣٣٧.

والوكالة عقد جائز من الطرفين. أي أن للموكل عزل الوكيل متى شاء، وللوكيل عزل نفسه.

وتبطل الوكالة بأحد الأسباب الآتية:

أ - لكل من الموكل والوكيل إبطالها وفسخها دون توقف على إذن من الآخر[1].

ب - موت أحدهما أو جنونه جنوناً مطبقاً.

ج - خروج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر لسفه، فحكمه حكم الموت، لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته.

هـ - إذا تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة ، لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة. مثال ذلك: ما لو وكل في بيع قطيع من الغنم أو البقر فماتت هذه الغنم أو الأبقار. ويلزم التنويه إلى أن إبطال الوكالة من الموكل أو الوكيل يجب ألا يترتب عليه إبطال حق الغير، لأنه إذا ترتب عليه إبطال حق الغير توقف هذا الإبطال على رضا ذلك الغير، لأن في العزل إبطال لحقه من غير رضا، ولا سبيل إليه[2]. مثال ذلك الوكالة ببيع الرهن.

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية ٣٣٩، فتح الوهاب ١/ ٢٢٠.

(٢) المغني:٥/١٢٣. فتح الوهاب:١/٢٢٢. البدائع:٦/٣٨.

تعدد الوكلاء :

الموكل إما أن يوكل شخص واحداً، وإما أن يوكل أكثر من شخص، والمثال الواضح لذلك: أن يوكل شخص أكثر من محام للدفاع عنه في قضية واحدة أو في بيع شيء.. إلخ. فإذا وكل أكثر من وكيل في عمل واحد ننظر:

إما أن يكون الوكالة بعقد واحد، وإما أن تكون بعقود متعددة.

١- فإن كانت بعقد واحد فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه، ولو خالف أحدهما فإن تصرفه لا يكون جائزاً إلا إذا أجازه صاحبه أو الموكل. وهذا إذا كان التصرف يحتاج إلى رأي ومشورة، ومن أمثلة ذلك: التوكيل في البيع أو الشراء، أو الطلاق أو الخلع على مال وما شابه ذلك، من العقود التي تكون لها مال لأن هذا النوع من العقود يحتاج إلى رأي، والموكل لم يرض برأي أحدهما منفرداً لذلك وكلهما معاً. وكذا ما خرج مخرج التمليك بأن قال لرجلين طلقا امرأتي إن شئتما ففي هذه الحالة لا ينفرد أحدهما بالتطليق دون صاحبه.

وأما إذا كان التصرف لا يحتاج إلى رأي أو مشورة مثل توكيلهما بالطلاق على غير مال أو تسليم الهبة أو رد الوديعة أو قضاء الدين. فإن لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكلا به، فإضافة التوكيل إليهما يعد تفويضاً بالتصرف إلى كل واحد منهما منفرداً.[1]

---

(١) إذا فعل الوكيل شيئاً بعد عزله كان فعله مردوداً إن أشهد الموكل بعزله ولم يفرط الموكل في إعلام الوكيل أنه عزله حيث كان الإعلام ممكناً. ولا يشترط اشهار العزل عند حاكم،

٢- وأما إذا كانت الوكالة بعقود متفرقة. ففي هذه الحالة يجوز لكل واحد من الوكلاء أن يقوم بالتصرف منفرداً دون الحاجة إلى أخذ رأي الآخرين أو علمهم لأن كل واحد منهم يتصرف استناداً إلى التوكيل الخاص به. وتنتهي الوكالة بتصرف أحدهم إذا كان الموكل فيه واحد[١].

أجر الوكيل :

الوكالة إما أن تكون من قبيل التبرعات والمعاونة على عمل الخير، وفي هذه الحالة لا يأخذ الوكيل أجراً عليها.

وإما أن تكون من قبيل الإجارة. كقوله وكلتك في عمل كذا بكذا. وهي إجارة معنى ووكالة لفظاً. والعبرة في صيغ العقود للفظ لا للمعنى.

والوكالة بجعل هي الوكالة الشائعة الآن بين الناس في عصرنا كتوكيل المحامين فإذا سكت العاقدان في الوكالة عن الأجر لجأنا إلى العرف، فإن قضى العرف بإعطاء مثل هذا الوكيل أجراً كان له أجر المثل وإلا فلا أجر له. ولقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إقامة الحد وعروة في شراء شاة وعمراً وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل. وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل

فإن اختل شرط من هذين الشرطين لم ينفعه عزله ويمضي فعله بعد عزله. حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧.

(١) المغني ٥/٦٦ وما بعدها.

لهم عمالة[1].

حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع:

حكم العقد هو: أثره المترتب عليه. وهو غرض العاقدين من إنشائه. أما حقوقه: فيراد بها ما يترتب على العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله مما يثبت حقاً لطرفيه. مثال ذلك: عقد البيع فحكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري. ونقل ملكية الثمن إلى البائع، وحقوقه ما يترتب عليه من التزامات وواجبات: كإلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وإلزامه بقبول المبيع إذا رده عليه المشتري بسبب العيب، وله الحق في مطالبة المشتري بالثمن وقبضه منه، ومن حقوق البائع أيضاً رد الثمن على المشتري إذا كان معيباً.

ويجب على المشتري أداء الثمن، وفي مقابل هذا يكون له أن يطالب البائع بتسليم المبيع إليه، فإذا وجد به عيباً رده إليه، هذا بالإضافة إلى ثبوت خيار الرؤية له والرجوع بثمن المبيع على البائع عند استحقاق المبيع.

هذا ويجب أن يكون معلوماً أن لكل عقد حكماً وحقوقاً، ومن العقود ما لايتم إلا بقبض محله كالهبة والصدقة والعارية والقرض والوديعة والرهن، ومنها ما يتم بالإيجاب والقبول دون توقف على القبض، وهذا هو حكم أكثر العقود[2] هل يملك الوكيل حقوق العقد؟

---

(١) المغني: ٥/٩٤.

(٢) الشيخ علي الخفيف.المرجع السابق ١١٨.

نستطيع أن نقول: إن الموكل به نوعان:

١- نوع لا حقوق له إلا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين ونحوه.

٢- نوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه.

والأصل عند الحنفية:

١- أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه. فحقوقه راجعة إلى العاقد أو الوكيل كعقود المعاوضات المالية مثل البيع والشراء والإجارة وما أشبه ذلك.

حكم هذا النوع: أن الحقوق في هذه العقود ترجع للوكيل وعليه، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك. هذا إذا أضافها إلى نفسه ولم يذكر اسم الموكل في عبارته، لأن الوكيل هو الذي قام بإبرام العقد والطرف الآخر لا يعرف غيره. هذا، ويلزم التنويه إلى أن الوكيل يشترط فيه أن يكون من أهل الضمان، فإذا لم يكن كذلك فالحقوق لا ترجع إليه، سواء أضاف العقد إليه أم إلى الموكل لأن الوكيل في هذه الحالة لا يكون أهلاً للالتزام، فإذا كان محجوراً عليه فإنه لا يكون أهلاً للضمان لقصور أهليته.

وأما إذا أضافها إلى الموكل كان يقول اشتريت هذه السيارة لفلان بكذا، كانت الحقوق راجعة إلى الموكل، وكان ملزماً بها دون الوكيل، والوكيل في هذه الحالة يكون سفيراً ومعبراً عن الموكل فقط.

٢- وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى

الموكل كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحوه، فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه، والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل. فوكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وإنما يطالب به الزوج إلا إذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به كضامن لا كوكيل، ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر، وكذا الوكيل في الخلع لا يملك قبض بدل الخلع إن كان وكيل الزوج، وإن كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع إلا إذا كان ضامناً[1] هذا هو مذهب الحنفية.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الوكيل لا يرجع إليه شيء من الحقوق وإنما ترجع إلى الموكل.

أما أحكام العقد عندهم فتتعلق بالوكيل دون الموكل، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض في المجلس حيث يشترط الوكيل، فإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل وإلا فلا[2].

علاقة الوكيل بموكله:

من المعلوم أن علاقة الوكيل بمن تعاقد معه يحكمها العقد المبرم بينهما، فإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كان لمن تعاقد معه أن يلزم الوكيل بها وليس للوكيل أن يتخلى عنها. فالوكيل بالبيع مثلاً ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولا يجوز له أن يتخلى عن

(١) البدائع: ٣٣/٦.

(٢) مغني المحتاج: ٦/ ٢٣٠، ٢٣١. المغني ١٠٦/٥

التـزامه هذا، وكـذا الوكـيل بالشـراء ملتزم بدفع الثـمن إلى البـائع ولا يجوز له أن يتخلى عن هذا الالتزام حتى ولو لم يدفع إليه الموكل.

وذلك بأن يؤديه من ماله الخاص.

وإن كـان من العقـود التي ترجع الحقـوق فيـها إلى الموكل ، فـإن الوكيل لا يلتـزم إلا بمباشرة العقـد فإذا باشره انقضت العـلاقة بينه وبين من تعاقد معه.

وهذه الأحكام مستمدة من المذهب الحنفي.

أما علاقـة الوكيل بموكله: فيحكمهـا العقد المبرم بينهمـا، فإن كان عقـد وكالة وإجـارة معـاً، فإن هذه العـلاقة تكون تابـعة لأحكام عـقد الإجارة، أي عـلاقة الأجير بـالمؤجر. وعلى ذلك يكون الوكيل ملتـزماً بالقيام بالعمل الموكل به، بموجب عـقد الإجارة ، ولا يكون له التخلي عن عمله هذا إلا إذا توافر سبب فاسخ لعقد الإجارة.

وأما إن كان ما بينهما عـقد وكالة فقط، فإن الموكل لا يكون له أن يلزمه بالقـيام بالعمل الموكل به، لأن الوكيل في هذه الحـالة يؤدي عمله على وجه التبـرع، ولذا فإن من حقه أن يتـخلى عن هذا العمل في أي وقت يشاء. فـإذا كان وكيلاً بالبـيع مثلاً فإنـه لا يكون ملزماً بدفع ثمن المبيع إلى الموكـل من ماله الخاص طالما أنه لم يتسلمه من المشـتري. بل ولا يجبر على مطالبة المشـتري به لأن عمله متبرع به، ولا يجبـر متبرع على المضي في تبرعه، ولكن لما كان ذلك من حـقه ويأبى القيام به كان

عليه أن يحيل به موكله على المشتري، لأن الثمن حق الموكل، ولذا إذا أداه إليه المشتري ابتداء برئ استحساناً. فتوسط الوكيل غير ضروري في ايصال الحق إلى صاحبه.

وأما إذا كان وكيلاً بالشراء فإنه لا يجبر على مطالبة البائع بتسليم المبيع، وله أن يتخلى عن ذلك، وأن يحيل موكله به على البائع، وله أن يطالب الموكل بأداء الثمن إليه إن لم يكن قد دفعه إلى البائع، إذا كان الثمن حالاً، حتى يؤديه إلى هذا البائع وتبرأ ذمته. رغم انتهاء عقد الوكالة بينهما.

أما إذا كان الوكيل قد تسلم المبيع والثمن مؤجلاً، فإنه لايكون له أن يمتنع عن تسليمه إلى الموكل، إذ لا مبرر لحبسه في هذه الحالة لأن الثمن مؤجل، أما إذا كان الثمن حالاً فإن له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يؤدي ثمنه حتى ولو لم يكن قد دفعه من ماله الخاص. فإذا خالف وحبسه وهلك عنده كان ضامناً لثمنه ويجب عليه أداؤه من ماله الخاص. أما إذا هلك في يده بعد تسلمه وقبل حبسه فإنه يهلك على الموكل لأنه هلاك الأمانة ويده يد أمين كالوديع[1].

انتهاء الوكالة: تنتهي الوكالة بما يأتي:

١- قيام الموكل بالعمل أو التصرف الذي وكل به وكيل، قبل قيام الوكيل به، ومباشرة الموكل بنفسه لهذا العمل أو التصرف يعتبر

(١) انظر: الشيخ علي الخفيف، ص١٢٠، ١٢١.

عزلاً لهذا الوكيل، وإن لم يعلم به.

٢- قيام الوكيل بتنفيذ ما وكل فيه، فمحل الوكالة انتهى بذلك وبالتالي الوكالة.

٣- هلاك العين محل الوكالة، والذي وكل للتصرف فيها.

٤ - موت الوكيل أو فقده لأهليته بجنونه جنوناً مطبقاً وهو الذي يستمر شهراً متواصلاً، استناداً لرأي الإمام ومحمد بن الحسن، وهو الرأي المعمول به والمفتى به.

٥ - موت الموكل أو خروجه عن أهلية التصرف الذي وكل غيره فيه.

٦ - عزل الوكيل من الموكل. فهو عقد غير لازم كما ذكرنا.

٧ - عزل الوكيل نفسه ولكن يجب عليه إعلام الموكل بذلك، حتى لا يلحقه ضرر.

هذا، ويلزم التنويه إلى أن عزل الوكيل أو انعزاله يجب ألا يترتب عليه إلحاق الضرر بالغير، وإلا توقف ذلك على رضاه[1].

** **

(١) مغني المحتاج: ٢٣٢/٢ وما بعدها. المغني: ٩٤/٥ وما بعدها. البدائع: ٢٥١/٢ وما بعدها.

المطلب الخامس
الفضولي

تعريف الفضولي:

لغة: المشتغل بالفضول أي الأمور التي لا تعنيه[1].

وشرعاً: هو من يتصرف في شئون الغير دون أن يكون ولياً أو وصياً أو أصيلاً أو وكيلاً فمن يبيع مال الغير دون أن يكون له ولاية شرعية عليه، أو وكالة صادرة من مالكه يسمى فضولياً، كذلك من يتولى عقد زواج امرأة لم توكله ولم يكن له عليها ولاية يطلق عليه فضولي أيضاً. إلى غير ذلك من العقود والتصرفات التي يتولاها الشخص دون ولاية أو وكالة. فهذه التصرفات منه فضالة وهو فضولي فيها.

حكم عقود الفضولي وتصرفاته: اختلف الفقهاء في حكمها على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى الحنابلة والشافعي في مذهبه الجديد وهو الأصح أن تصرف الفضولي بالبيع ونحوه باطل.[2]

الرأي الثاني: يرى الحنفية والمالكية وأحمد بن حنبل والشافعي في رواية

---

(١) المعجم الوسيط :٢/٦٩٣.

(٢) المغني:٤/١٥٥. الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص٢٨٥.

عنهما أن تصرف الفضولي بالبيع والشراء ونحوه، موقوف على إجازة المالك أو المشتري له، فإن أجازه صح ونفذ وإلا بطل أو ألزمه هو.[1] هذا ويرى المالكية: أن إجازة المشتري لعقد الفضولي يجعله وكيلاً عنه ولذا يطالب البائع الفضولي بالثمن، ولا يطالب الموكل(المشتري) به.

شروط توقف عقد الفضولي على الإجارة:

١- أن يكون العقد من العقود التي يملك صاحب الشأن إبرامها بنفسه، فإن لم يكن كذلك وقع العقد باطلاً من وقت انشائه.

مثال ذلك: أن يقوم فضولي ببيع عقار مملوك لرجل رشيد أو عقار مملوك لصغير بمثل القيمة. فإن لمالكه الرشيد أو لولي الصغير حق إجازة هذا المبيع فينفذ من وقت صدوره من الفضولي. فإن أجازه نفذ وترتبت عليه جميع اثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشتري، وانتقال ملك الثمن إلى البائع «المجيز» من وقت انشائه وإن رفض بطل.

أما العقود التي لا يملك صاحب الشأن انشاءها فإنها تكون باطلة ولا تصححها الإجازة، كان يبيع عقاراً للصغير بغبن فاحش أو يطلق الفضولي زوجته أو يهب ماله، فهذه العقود وأشباهها ليس لها مجيز وقت انشائها.

لأن الصغير وهو صاحب الشأن في هذه العقود ليس أهلاً لإنشائها في ذلك الوقت لصغره، كما أن وليه لا يملك انشاء هذه التصرفات لأنه تصرف ضار بالصغير، فلذلك يصدر باطلاً. حتى لو بلغ الصبي لم يكن له إجازته لأن الباطل لا

---

(١) البحر الرائق:٦/ ١٦٠. حاشية الدسوقي:٣/١٢. والاقناع:٢/٦٢. الأشباه المرجع السابق.

تلحقه الإجازة بأي حال من الأحوال.

٢ - ألا يكون في الإمكان نفاذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن، لأن عقود الفضولي تنفذ على من أبرمها إذا لم يجزها من له الشأن فيها، بشرط إمكان نفاذها عليه. مثال ذلك: إذا اشترى الفضولي عيناً من الأعيان لإنسان ما، فإن هذا الشراء يكون نافذاً عليه إذا لم يوافق هذا الإنسان على ذلك. لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع ولا يسأل غيره أمامه.

وفي الإمكان إلزامه به باعتباره مشترياً لنفسه، فينفذ العقد عليه ويلزم به. أما إذا باع الفضولي ملك غيره من غير رضاه، فإن هذا البيع لا ينفذ ويظل موقوفاً إلى أن يجيزه مالك المبيع، فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل[1].

أثر الإجازة: إن إجازة صاحب الشأن لتصرف الفضولي يترتب عليها نفاذ هذا التصرف بعد أن كان موقوفاً، وجعله منتجاً لجميع آثاره، غير أن نفاذه تارة يكون من وقت الإجازة، وتارة يكون من وقت انشاء التصرف.

والقاعدة في ذلك: أن التصرف إن كان من التصرفات التي يصح تعليقها بالشرط كالحوالة والوكالة والكفالة والطلاق، فإن النفاذ يكون من وقت الإجازة، لأن هذه التصرفات تكون معلقة في المعنى على الإجازة فتصير كالمعلق حقيقة عليها فيقتصر على وقت تحقيق الشرط وهو الإجازة.

---

(١) حاشية الدسوقي: ١٢/٣ ومابعدها. البحر الرائق: ١٦٠/٦. الشيخ علي الخفيف، ص١٢٤.

وإن كان من التصرفات التي لا يصح تعليقها بالشرط كعقود المعاوضات، البيع، والإجارة .. إلخ.. فإن النفاذ يكون من وقت انشاء التصرف، لأن آثاره لا تتراخى عنه فتثبت من حين وجوده.

ويلزم التنويه إلى أثر الإجازة بالنسبة للفضولي يقتصر على جعله وكيلاً بذلك التصرف قبل انشائه ، فيفترض أن المجيز قد وكله به قبل مباشرته، فالإجازة اللاحقة كالإجازة السابقة[1]:

شروط صحة الإجازة:

١- أن تكون الإجازة ممن يملك انشاء العقد، فلو باع الفضولي شيئاً من مال الصغير أو المجنون وكان له ولي أو وصى وصدرت الإجازة من القاضي فإن هذه الإجازة غير صحيحة، ولا ينفذ البيع لأن القاضي ليس له ولاية انشاء هذا البيع في هذه الحالة، وأما إجازة الوصي لهذا البيع فإنها إجازة صحيحة يترتب عليها نفاذ البيع لأنها صدرت ممن له ولاية في انشائها.

٢- قيام محل العقد وبقائه، فلو هلك المبيع مثلاً قبل الإجازة فإنه لا يجوز بإجازة المالك.

٣- قيام البائع والمشتري حتى ولو هلك أحدهما قبل الإجازة من المالك لا تلحقه الإجازة ، لأن حياة الفضولي لازمة لأنه سينقلب بالإجازة وكيلاً، وهذا الشرط في العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كالمعاوضات، أما إذا كانت العقود من الأنواع التي لا ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كالنكاح فلا تتوقف صحة الإجازة

(١) أ.د.حسين حامد ٤٠٤، أ.د. عبدالمجيد مطلوب ٤٣٦.

على حياته لأنه سفير ومعبر فإذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالأجانب.

وأما حياة من تعاقد مع الفضولي، فإنها لازمة، لأن الفضولي لو باع مال غيره لشخص ثم صدرت الإجازة من مالك المبيع بعد موت المشتري، فإنها لا تكون صحيحة لعدم وجود من تعاقد معه الفضولي وهو المشتري.

٤ - قيام المالك فلو مات قبل أن يجيز العقد المذكور، فإنه لا يكون صحيحاً حتى ولو أجازه ورثته[1].

فسخ عقود الفضولي قبل إجازتها:

واستناداً إلى كل ماسبق يتضح لنا أن الفضولي إذا باشر عقداً من العقود اللازمة التي تتوقف على الإجازة، فإن هذا العقد لا يكون لازماً إلا بعد إجازته، أما قبل صدور هذه الإجازة فإنه يكون غير لازم. ولذا يجوز للفضولي ولصاحب الشأن -من عقد له العقد- أن يبطله بعد قبول العاقد الآخر له. كما يجوز لهذا العاقد أن يبطله بعد صدور القبول منه بشرط أن يكون قبل إجازة صاحب الشأن له.

ويلزم التنويه إلى أن الفضولي لا يكون له هذا الحق إلا إذا كان العقد من عقود المعاوضات المالية لأنها هي التي ترجع حقوقها إليه بالإجازة، أما العقود التي لا ترجع حقوقها إليه، وهي التي يكون فيها

(١) البدائع: ١٥١/٥.

سفيراً ومعبراً فقط كالنكاح، فلا يكون له حق فسخها قبل إجازتها ممن عقدت له.

ويرجع السبب في هذه التفرقة إلى أن إجازة العقد من صاحب الشأن في النوع الأول -عقود المعاوضات- يترتب عليها الزامه بحقوق العقد، فأعطى للفضولي حق ابطالها حتى لا يلتزم بما لا يريد أن يلتزم به من حقوق.

أما النوع الثاني من العقود فإنه لا يترتب على إجازتها أي شيء، لأن الحقوق فيها لا ترجع إليه وإنما ترجع إلى صاحب الشأن، ومهمته تنتهي بانتهاء عبارته ولذا فليس له أن يبطلها.[1]

حكم الفضولي في القانون المدني:

لقد نظم القانون المدني أحكام الفضالة في المواد من (١٨٨) إلى (١٩٧). ولو أمعنا النظر في هذه المواد لوجدنا أنها في مجملها تتفق مع الرأي الثاني الذي يجيز تصرف الفضولي مع توقفه على إجازة صاحب الشأن مع ملاحظة أن القانون يطلق على العقد الموقوف البطلان النسبي أو القابل للإبطال وانني أعتقد مع الكثيرين أن إطلاق اسم الموقوف على مثل هذا العقود أدق وأحكم لأن لفظ الموقوف أدل على

(١) الشيخ علي الخفيف: ص١٢٦.

المعنى المراد من لفظ الباطل بطلان نسبياً لضعف الصلة بينه وبين ما يدل عليه المعنى الذي هو حكم هذه العقود.[1]

هذا ويختلف القانون مع الفقه الإسلامي في مسألة موت الفضولي أو صاحب الشأن فبينما يقرر القانون في مادته ١٩٤- بأنه: «١- إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة (٧١٧) فقرة ٢». ٢- وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم.».

يقرر الفقه الإسلامي: أن حياة الفضولي وحياة صاحب الشأن شرط من شروط صحة الإجازة فإذا هلك أحدهما فإن العقد لا يجوز بإجازة الورثة.[2]

** **

(١) الوسيط للدكتور السنهوري: ١/١٣٨٤.
(٢) البدائع ٥/١٥١.

المبحث الثالث

محل العقد

محل العقد أو المعقود عليه هو: ما يظهر فيه أثر العقد، كالمال المبيع في عقد البيع، ومنفعة العين المستأجرة في عقد الإجارة، وقد اشترط الفقه الإسلامي فيه شروطاً لا ينعقد بدونها، وسوف نتحدث عنها، ونعقد مقارنة بينها وبين شروط المحل في القانون، وتتلخص هذه الشروط في: أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه شرعاً، وأن يكون موجوداً عند التعاقد، وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون معلوماً للعاقدين.

وسوف نتكلم عن كل شرط من هذه الشروط في مطلب مستقل.

** **

المطلب الأول

قابلية المعقود عليه للتعامل

لقد اشترط الفقهاء أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه وإلا كان العقد باطلاً، والمحل يكون قابلاً للتعامل فيه، إذا كان مالاً متقوماً مملوكاً لم يتعلق به حق لازم.

القيد الأول: أن يكون مالاً:

لأنه إذا لم يكون مالاً فإنه لا يجوز التعامل فيه، ولذا فقد قرر الفقهاء عدم جواز التعامل في الحالات الآتية:

١- إذا كان محل التعامل إنساناً حراً: لأن الحر ليس بمال فلا يجوز بيعه ولا رهنه ولا التعامل في عضو من أعضائه.

أما فيما يتعلق ببيع لبن الآدمية الحرة وشعر الآدمي الحر فقد اختلف فيها الفقهاء، فالشافعية والمالكية أجازوه[1]، لأن اللبن والشعر طاهر منتفع به فيجوز التعامل فيه، وأما الحنفية فقد حرموه [2]، لأنه جزء من الإنسان الحر فلا يجوز التعامل فيه، وأما الحنابلة فمنهم من أجازه ومنهم من حرم بيعه، وأما الإمام أحمد بن حنبل فقال أكرهه[3].

٢- إذا كان المحل نجساً: كالميتة والدم وغيرها من الأشياء النجسة، وكذا المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالمائعات المتنجسة[4]. ومثالها: وقوع عين نجسه في العسل أو الزيت أو السمن.

ويلزم التنويه إلى أن الفقهاء وإن اتفقوا في منع التعامل في النجاسات لعدم ماليتها إلا أنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة العامة. فقد يرى بعضهم نجاسة شيء ويحكم بمنع بيعه، ويرى

---

(١) المجموع : ٢٥٤/٩. بداية المجتهد:١٢٧/٢.

(٢) البدائع: ١٤٥/٥.

(٣) الإقناع:٦٠/٢. المغني :٢٣٣/٤.

(٤) حاشية الدسوقي:٤/٣. مغني المحتاج:١١/٢.

البعض الآخر طهارته ويحكم بجواز بيعه. مثال ذلك: اختلافهم في عظم الميتة وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وحافرها.

فالحنفية يرون أن هذه الأشياء طاهرة وبالتالي يجوز بيعها، وأما الشافعية فيرون أن هذه الأشياء نجسه وبالتالي لا يجوز بيعها.[1]

٣- إذا كان غير منتفع به: والشيء الذي لا ينتفع به إما ألا يكون منتفع به أصلاً كالحشرات والطيور والسباع التي لا ينتفع بها في الأكل أو في الصيد أو في الزينة أو في تصنيع الأدوية أو في غيرها من أوجه الانتفاع المختلفة.

وإما ألا يكون منتفع به شرعاً: أي أنه ينتفع به حقيقة وواقعاً، ولكن الشرع هو الذي منع ذلك كآلات اللهو، واستئجار بيت للدعارة أو القمار، فالمنفعة التي نهى الشارع عنها تعتبر معدومة شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً[2].

القيد الثاني: أن يكون متقوماً: والمال المتقوم هو: ما كان محرزاً وأباح الشرع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار، فالخمر والخنزير فإنها وإن كانت مالا عند أهل الذمة إلا أنها ليست بمال عندنا، ولا يجوز لمسلم أن يتعامل فيها بالبيع والشراء وخلافه.

القيد الثالث: أن يكون مملوكاً: وعلى ذلك فلا يجوز التعامل في

---

(١) البدائع: ١٤٢/٥.

(٢) مغني المحتاج: ١٢/٢. البدائع: ٤٤/٥. الحطاب: ٢٦٣/٤.

الأشياء المملوكة للغير وقد سبق تفصيل ذلك في الفضولي، كما لا يجوز التعامل فيما لا يقبل الملك من الأموال العامة أو المشتركة.

كالمراعي والمياه والطرقات لأنها أموال مشتركة بين جميع المسلمين وقد سبق تفصيل الحديث عن المال المباح وكيفية تملكه.

القيد الرابع : لم يتعلق به حق لازم: لقد منع الفقهاء التعامل في المال المتعلق به حق لازم سواء كان حقاً لله تعالى أو حقاً للعبد، وعلى ذلك فلا يجوز التعامل في المحل إذا كان يفوت حقاً لله. فحفظ النفس حق لله تعالى ومن ثم يمتنع كل تعامل يفوت النفس أو العضو، والمحافظة على العرض حق لله تعالى، فلا يجوز الاتفاق على ما يفوت هذا الحق، وحفظ الأموال حق لله، ومن ثم فكل اتفاق يفوت هذا الحق يعد باطلاً، مثل عقود الضرر والربا، وكل ما فيه أكل أموال الناس بالباطل، وكذلك لا يجوز التعامل في المساجد لأن التعامل فيها يفوت حقاً لله تعالى.

وكذلك إذا تعلق بالمال حق لآدمي فإن هذا المال يمتنع التعامل فيه بما يفوت هذا الحق، وعلى ذلك يقرر الفقهاء أنه لا يجوز التعامل في المرهون بعد قبضه لتعلق حق المرتهن به[1].

هذا وإذا نظرنا إلى القانون المدني نجد أنه يشترط أن يكون الشيء

(١) أ.د. حسين حامد، ص٢٨٨ ومابعدها.

داخلاً في التعامل وفي هذا تقرر المادة ١٣٥ منه: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً». والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل قد تخرج إما بسبب طبيعتها أو بسبب الغرض المخصصة له أو لتحريم القانون التعامل فيها واعتباره غير مشروع.

فالشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه نظراً لطبيعته ومثاله الأشياء الشائعة المخصصة بواسطة الطبيعة لاستعمال الكافة كالشمس والهواء والبحر.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل بسبب تخصصه كالأشياء العامة المملوكة للدولة لا يجوز التصرف فيها لأنها مخصصة للنفع العام.

وقد يخرج الشيء عن التعامل بنص القانون كخطر التعامل في المخدرات والجواهر السامة إلا لأغراض طبية. ومن هذه الأشياء أيضاً ما يعتبر التعامل فيه مخالفاً للآداب العامة أو للنظام العام كالتعامل في أعضاء الإنسان وبيوت القمار والدعارة[1].

وإذا قارنا بين الفقه الإسلامي والقانون في هذه المسألة لوجدنا الآتي:

أن الفقهاء المسلمون يمنعون التعامل في الأشياء التي يمنع القانون التعامل فيها لنفس الأسباب تقريباً، إلا أن القانون وإن اشترط أن يكون

(١) أ.د. عبدالمنعم الدراوي: النظرية العامة للالتزامات: ١/ ٣٠٠.

الشيء داخلاً في التعامل، ولكن هيهات بين تفسير الفقه الإسلامي لمضمون هذا الشرط وبين تفسير القانون له، فالقانون يبيح بيع الخمر ويقضي بصحة التعامل فيه، كما يبيح التعامل في بيع الخنازير وآلات اللهو مع أن كل هذه الأشياء محرمة والتعامل فيها باطلاً عند جمهور الفقهاء المسلمين. فقد قال الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ (سورة المائدة الآية ٣).

وقال أيضاً: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ هذا بالإضافة إلى أن دائرة حق الله تعالى أوسع بكثير من دائرة النظام العام والآداب التي يقرر القانون عدم مخالفتها، وذلك لاتصال التشريع الإسلامي الوثيق بالعقيدة والأخلاق.

** **

المطلب الثاني
وجود المحل أو إمكان وجوده

يشترط أن يكون المحل موجوداً إذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعة وجوده، فبيع نتاج الحيوان قبل الولادة لا ينعقد، وكذا بيع الثمار قبل ظهورها لا ينعقد أيضاً.

وأما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضي وجوده، فيشترط إمكان وجوده كما في السلم والإجارة، وعلى ذلك فلو أسلم في شيء لايوجد عادة لا ينعقد العقد، أو استأجر سيارة لنقل بضاعة إلى بلد

معين فتبين له أن البضاعة قد نقلت إلى هذا البلد قبل العقد فإن الإجارة لا تنعقد[1].

وإذا استعرضنا آراء الفقهاء في المعدوم، وهل يصلح أن يكون محلاً للعقد أم لا نستطيع أن نقول ما يأتي:

المعدوم هو: المقطوع بعدم وجوده. أما ماله خطر العدم فهو: المحتمل الوجود والعدم كبيع نتاج النتاج بأن يقول بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع اللبن في الضرع لأن له خطر المعدوم، لاحتمال انتفاخ الضرع.

فالحنفية: يقولون بأن بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج لا ينعقد.

واستندوا في رأيهم هذا إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها. وقالوا: بأنه إذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالاً فلا يجوز بيعها، وروى عن الرسول أيضاً نهيه عن بيع اللبن في الضرع[2].

هذا وقد استثنى الحنفية من ذلك السلم أو الإجارة للاستحسان، ولورود آثار من الشارع بصحتهما مع أن محلها في ذاته معدوم وقت العقد.

---

(١) الشيخ علي الخفيف: ص٩٤، ٩٥. مغني المحتاج:٢/٣٠.

(٢) البدائع: ١٣٨/٥ ، ١٤٧.

وأما المالكية: فيجيزون العقد على معدوم سيوجد إذا كان العقد من عقود التبرعات كالهبة والوقف. وأما إذا كان العقد من عقود المعاوضات فإنه لا ينعقد لأن هذه العقود يشترط فيها أن يكون محلها موجوداً لكيلا يؤدي إلى الغرر والمقامرة. بينما لايؤدي إلى ذلك في عقود التبرعات، لأن المتبرع غير ملزم ويقبل منه التبرع بالموجود والمعدوم الذي سيوجد[1].

ويرى ابن تيمية: أن المعدوم من يحث هو معدوم يصلح محلاً للعقود كلها، وإذا عرض له عدم الصلاحية، فليس ذلك لأنه معدوم بل لأن فيه غرراً وجهالة تقضي إلى نزاع أو قمار، وقد دلل على ذلك بقوله: «بأنه ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما فيه النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بعض الأشياء التي هي موجودة، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كالعبد الآبق والبعير الشارد، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وربما لا يحصل، وهو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشتري، وهكذا

---

(١) الكافي: ٣١٥ ، ٣٣٧.

المعدوم الذي هو غرر، نهى عن بيعه لكونه غرراً لا لكونه معدوماً"[1].
من هذا ترى أن ابن تيمية يرى أن المعدوم يصلح أن يكون محلاً في جميع العقود، وإذا كانت الآثار قد وردت بعدم جواز بيع أنواع من المعدوم فليست العلة في ذلك كونه معدوماً، بل العلة كونه مشتملاً على غرر وجهالة تؤدي إلى القمار، فالمعدوم الذي لا يصلح محلاً في بعض العقود لدخوله في باب الغرر الذي لا تصح معه العقود.

وإذا نظرنا إلى قانوننا المدني لوجدنا الآتي:

لقد نص في مادته(١٣١) على أنه: «١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢- غير أن التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه. إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون».

من هذه المادة يتضح لنا أن المحل لابد أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود فإذا تعاقد شخصان على شيء على اعتبار أنه موجود فعلاً، ثم اتضح أنه غير موجود فإن العقد لا ينعقد حتى ولو كان هذا الشيء قابلاً للوجود في المستقبل مثال ذلك: ما إذا كان البيع منصباً على بضاعة معينة ثم تبين أنها قد هلكت قبل العقد. وهذا مما يتفق مع الفقه الإسلامي. ولكن تجوز المادة المذكورة التعامل في شيء مستقبل، ويكفي أن يكن الشيء قابلاً للوجود. مثال ذلك: بيع أشياء تحت الصنع وبيع الثمار قبل ظهورها.

(١) الإمام أبوزهرة: الملكية ونظرية العقد: ص٢٩٨.

ولا يخفى أن هذه الحالة من الحالات الباطلة في الفقه الإسلامي. فالرسول عليه الصلاة والسلام قد نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ويقاس عليها البطلان بيع الأشياء تحت التصنيع لاشتراكها في علة واحدة وهي بيع المعدوم.

هذا، ويلزم التنويه إلى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة[١].

** **

المطلب الثالث

القدرة على تسليمه

يرى جمهور الفقهاء أن القدرة على تسليم المحل شرط من شروط صحة العقد، فإذا لم يكن البائع قادراً على تسليم المبيع مثلاً فإن البيع لا يكون منعقداً بل يكون باطلاً وإن كان ممكناً بعد ذلك، فبيع الطير في الهواء والسمك في الماء، والحيوانات الضالة مثلاً غير جائز باتفاق المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة[٢].

وهذا الشرط يطبق في جميع العقود سواء أكانت معاوضات مالية

(١) أ.د.عبدالمنعم البدراوي: ص ٢٩٩.

(٢) قوانين الأحكام الشرعية: ص٤٤٩. البدائع :١٤٦/٥. حاشية البجيرمي:١٨٠/٢. الاقناع: ٦٤/٢.

أم تبرعات،واستثناء من ذلك فإن الشافعية يجيزون بيع غير المقدور على تسليمه لقادر على تسلمه يقينا بدون مؤنة، أما إذا احتاج في تسلمه إلى نفقات مالية أو تعب بدني فإن العقد لا يكون صحيحاً.[1]

كما أن المالكية[2] أجازوا التبرع بما لا يقدر على تسليمه، وبناء على مذهبهم هذا يجوز هبة الحيوان الضال والوصية به مثلاً، لأن عقود التبرعات تختلف عن عقود المعاوضات، والنصوص الواردة في النهي عن الغرر وردت في البيع وهو من عقود المعاوضة فيكون الحكم مقصوراً عليه.

أما التبرعات فلا تدخل تحت هذه النصوص فتبقى على الإباحة الأصلية، كما أن هناك فرقاً واضحاً بين النوعين، فالمعاوضات يستخدمها الناس للتكسب والربح واشتمالها على غرر يؤدي غالباً إلى التقاتل والتنازع بين طرفي التعاقد وهذا لا يجوز.

أما التبرعات فيستخدمها الناس في أعمال البر والإحسان، وعلى افتراض أن بها غرر فلن يؤدي هذا إلى النزاع ، فإذا كان المتبرع به مثلاً غير مقدور على تسليمه فلن يضير المتبرع له شيئاً ولن يلحقه أدنى ضرر، لأنه إن تسلمه فقد حصل الهدف المبتغى من التعاقد، وإن لم يتسلمه فلن يلحق الموهوب له أي ضرر كما ذكرنا.

وإذا نظرنا في قانوننا المدني لوجدنا أن المادة ١٣٢ تنص على

---

(١) حاشية البجيرمي - المرجع السابق.

(٢) شرح الخرشي:٣/٣٧٢.

أنه: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً» وفقهاء القانون المدني يفسرون الاستحالة المنصوص عليها بالاستحالة المطلقة وهي الاستحالة التي تقوم بالنسبة للناس كافة، أي أن العمل الموعود به يستحيل تنفيذه ليس فقط على المدين بل بالنسبة لجميع الأشخاص، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة عند التعاقد، أما إذا حدثت بعده فإنه يكون قابلاً للفسخ.

أما الاستحالة النسبية وهي التي تقوم بالنسبة للمدين وحده دون الكافة فإنها لا تبطل العقد سواء وجدت عند التعاقد أو بعده.

هذا ويلزم التنويه إلى أن جمهور الفقهاء يقولون ببطلان العقد حتى ولو كان العجز عن التسليم ليس مطلقاً كما في مسألة بيع المغصوب، فالبائع لا يستطيع تسليم هذا المبيع إلا بتدخل ومعاونة الإمام أو السلطان أو من ينوب عنه، ويذهب بعض الفقهاء إلى صحة العقد إذا كان العجز نسبياً مع عدم نفاذه، فالعقد ينفذ عندهم إذا تسلم البائع المغصوب أو قبضه من الغاصب[1].

وبعد استعراض هذه الآراء ومراجعة نص المادة المذكورة، نستطيع القول أن معايير الاستحالة أو العجز تختلف في الفقه الإسلامي عنها في القانون، ويمكن القول بصيغة عامة أن الفقه الإسلامي لا يشترط استحالة التسليم استحالة مطلقة بل إنه يقضي ببطلان العقد حتى ولو

(١) راجع البدائع: ١٤٧/٥. بداية المجتهد: ١٧٠/٢. المغني: ١١٨/٤. المجموع: ٩/ ٢٨٣.

كان التسليم ممكناً بعد انعقاده استناداً لما ذهب إليه الجمهور.

** **

المطلب الرابع

العلم بمحل العقد

يجب أن يكون المحل معيناً وقت التعاقد وإلا كان العقد باطلاً، ويقصد بتعيين المحل: العلم به علماً يمنع الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة، والعلم إما أن يكون برؤية المعقود عليه وإما بوصفه بما ينفي الجهالة الفاحشة.

أولاً : رؤية المعقود عليه:

فالعلم بالمحل يكون متحققاً إذا رأى المعقود عليه رؤية تحصل بها معرفته مقارنة له وقت العقد، أو برؤية بعضه إن دلت على باقيه.

فإذا لم يره المتعاقدان كان العقد باطلاً، وبهذا قال الشافعية والمالكية، إلا أن المالكية أجازوا الوصف إذا تعذرت الرؤية[1].

وأما الحنفية والحنابلة فإنهم يجيزون العلم بالمحل الموجود بطريق

(١) فتح الوهاب:١/ ١٦٠، الحطاب :٤/ ٣٨٥.

الوصف ولا يلزم فيه الرؤية[1] ولكن يكون له الخيار إذا رآه.

ثانياً: وصف المعقود عليه:

ويكون العلم بالمحل متحققاً بالوصف النافي للجهالة الفاحشة، فإذا كان المحل معيناً بالذات وصف وصفاً دقيقاً يمنع الجهالة الفاحشة كأن يبيع منزله أو سيارته وليس له منزل أو سيارة غيرها.

أما إذا كان المحل غير معين بالذات كالمثليات وجب بيان جنس المبيع ونوعه وقدره. وهذه الوسيلة هي الوسيلة الممكنة بالنسبة للمبيع الغائب عن مجلس العقد.

آراء الفقهاء في بيع الغائب باختصار على النحو الآتي:

أ - الحنفية: يقولون بجواز بيع الغائب، ويثبت للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية شرعاً لا شرطاً أي أنه يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد.

ب - المالكية: يقولون بأن المبيع إذا كان غائباً عن مجلس العقد أو كان حاضراً، ولكن في رؤيته مشقة جاز بيعه على الصفة بأن يوصفه وصفاً يميزه عن غيره ويفرده بذاتيته، فإذا بيع المبيع على هذا النحو، انعقد البيع نافذاً إن طابق الوصف وإلا فللمشتري الخيار، ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج بأن تذكر أوصاف

---

(١) الاقناع: ٢/٦٤، المبسوط ١٣/٦٩.

المبيع في دفتر مكتوب فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف، فإن وجدت بالمبيع لزم البيع وإلا كان للمشتري الخيار، ويغني عن الوصف رؤية متقدمة بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأي المبيع قبل البيع وظل المبيع على حالته، ولم يتغير وقت البيع، فإذا لم يسبق للمشتري رؤية المبيع، ولم يوصف له، لم يجز البيع إلا إذا اشترط لنفسه الخيار عند رؤية المبيع.

أي أن الخيار لا يثبت عند المالكية إلا باشتراطه.

ج - الحنابلة: فإن الظاهر عندهم أن المبيع الغائب الذي لم يوصف ولم يتقدم رؤيته لا يصح بيعه، ويجب حتى يصح العقد إما رؤية المبيع أو سبق رؤيته بزمن لا يتغير فيه المبيع.

وأما إذا وصف المبيع وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة الفاحشة عنه، فإن وقع البيع على هذا النحو كان بيعاً صحيحاً لازماً، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه، ولكن إذا جاء المبيع على غير ما وصف كان للمشتري الخيار.

د - الشافعية: لهم رأيان:

الرأي الأول: وهو الراجح عندهم: أنه لا يجوز بيع الغائب، وهو الذي لم يره المتعاقدان أو أحدهما، وسواء كان المبيع غائباً عن مجلس البيع أو موجوداً به ولكنه مستتراً ولم يظهر لهما، وحتى لو بولغ في وصفه بالصفات التي تبين جنسه، لأنه طالما أن المبيع كان غائباً

عن رؤيتهما، فإن بيعه لا يجوز بأي حال. وهذا الرأي هو الأظهر عندهم.

الرأي الثاني: أنه يجوز بيع الغائب إن علم جنسه ونوعه بوصف يوضحه ويبينه -وهو ما قال به الأئمة الثلاثة- ويثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع إن شاء أجازه وإن شاء رده.

و - الظاهرية: يقولون بجواز بيع الغائب، ولزومه إذا وجد على الصفة التي وقع عليها البيع بلا خيار.

ويتضح لنا بعد استعراض هذه الآراء أن في بيع الغائب على الصفة أو البرنامج ثلاثة أقوال:

القول الأول: المنع مطلقاً وصف المبيع أم لا وهو قول للشافعي.

القول الثاني: الجواز ويكون للمشتري الخيار سواء طابق الوصف أم لا وهو قول لأبي حنيفة.

القول الثالث: الجواز فإن طابق الوصف لزم وإلا فلا وهو قول للمالكية والظاهرية والحنابلة في الظاهر عندهم والشافعية في رأي عندهم أيضاً.[1]

هذا وإذا نظرنا في قانوننا المدني لوجدنا الآتي:

---

(١) انظر تفصيل ذلك في رسالتنا: «البيوع البحرية في الفقه الإسلامي والقانون البحري».

المادة (١٣٣) تنص على أنه: «١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء. من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر. التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط».

من هذه المادة يتضح لنا أن محل الالتزام لابد أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وهذا النص يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، فهما يتفقان في اشتراط العلم بالمحل علماً يرفع الجهالة الفاحشة، إما عن طريق رؤيته وإما عن طريق وصفه وصفاً نافياً للجهالة.

** **

المبحث الرابع

سبب العقد

إن أركان العقد في الفقه الإسلامي هي: الصيغة و العاقدان والمحل، وأما السبب فلا يعد ركناً من الأركان فيه. وأما القانون فيعتبر السبب ركناً من الأركان، وسنقوم بعرض فكرة موجزة عن فكرة السبب بالمعنى الذي يقصده فقهاء القانون وموقف الفقه الإسلامي منها.

لقد مرت نظرية السبب بمراحل عدة، واختلف معنى السبب في كل مرحلة من هذه المراحل، فقد عرفته النظرية التقليدية بأنه الغرض

المباشر القريب الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه من وراء الالتزام، ففي عقود المعاوضة هو الحصول على مقابل، وأما في عقود التبرع فهو نية التبرع، فسبب الالتزام في عقود المعاوضات -إذن- هو التزام المتعاقد الآخر، لأنه المقابل الذي يقصده كل منهما، فالتزام المشتري بدفع ثمن المبيع سببه التزام البائع بنقل ملكيته وتسليمه إليه. والتزام البائع هذا سببه التزام المشتري بدفع الثمن، وهكذا في سائر العقود التبادلية.

وأما في العقود الملزمة لجانب واحد فالسبب فيها هو التزام سابق مدنياً كان أم طبيعياً، مثال ذلك: التزام الوارث بدفع الموصى به إلى الموصى إليه سببه التزام الوارث بتنفيذ الوصية، والتزام الإنسان بدفع مبلغ على سبيل النفقة سببه الالتزام المدني الذي يفرضه القانون. أو الالتزام الطبيعي الذي يفرضه المجتمع. وأما سبب الالتزام في عقود التبرع فهو نية التبرع ذاتها، فالواهب مثلاً التزم أداء شيء ما رغبة منه في التبرع للموهوب إليه.

ومن المعروف أن هذه النظرية لم تهتم بالباعث الدافع إلى التعاقد، والباعث هو سبب العقد أي الأمر الذي حمل المتعاقد إلى إبرام العقد. فالسبب -إذن- هو إجابة عن سؤال: لماذا اشترى؟ لماذا اقترض؟ لماذا وهب؟ إلى آخر العقود. وترتب على هذا القصور الواضح في النظرية التقليدية-عدم الاعتداد بالباعث- نشوء نظرية حديثة تنادي بوجوب الاستعانة بالباعث الدافع إلى التعاقد بالإضافة إلى سبب الالتزام، لكي تلافي الآثار المترتبة على عدم الاعتداد به .

فالوقوف عند سبب الالتزام يعني المقابل المقصود من التزام - ذلك السبب المجرد الذي لا يختلف في الطائفة الواحدة من العقود - يؤدي إلى العجز عن إبطال العقود المخالفة للنظام العام والآداب، فعقد الإجارة مثلاً يلتزم المؤجر فيه بتسليم العين المؤجرة، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها، وهذان الالتزامان المتقابلان موجودان ومشروعان، ولكن إذا اتضح أن المستأجر يستخدم هذه العين المؤجرة في الدعارة أو القمار، وهذا الباعث كان موجوداً عند إبرامه لعقد الإجارة، فإننا لن نستطيع إبطال هذا العقد إلا إذا اعتددنا بالباعث أي بسبب العقد.

لذلك فإن القضاء اعتد بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد، ولم يقف عند فكرة السبب التقليدية، لكي يصل إلى تقرير عدم مشروعية سبب العقود المخالفة للنظام العام والآداب العامة وإبطالها. وقد أخذ المشرع المصري في القانون المدني بهذا الازدواج أي بفكرة سبب الالتزام مع فكرة الباعث الدافع إلى التعاقد أو سبب العقد.[1]

هذا ويشترط القانونيون في سبب الالتزام أن يكون موجوداً، وفي سبب العقد (الباعث) أن يكون مشروعاً ، وقد نص على هذين الشرطين في المادة ١٣٦ من القانون المذكور: «إذا لم يكن للالتزام سبب أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

---

(١) انظر: مصادر الحق للدكتور السنهوري: ٢/٤ ومابعدها. ومصادر الالتزام للدكتور البدراوي، ص٣١٢ وما بعدها.

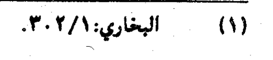
موقف الفقه الإسلامي من السبب:

لقد تحدث فقهاؤنا الأوائل على تأثير النيات والمقاصد في صحة العقود والتصرفات وبطلانها، والنية والمقصد التي تحدثوا عنها هي السبب - الباعث الدافع إلى التعاقد- عند فقهاء القانون.

بل إننا إذا نظرنا إلى حديث رسولنا الكريم والمروي عن أبي هريرة في صحيحي البخاري، ومسلم. « إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»[1] نجد أنه أصل لكثير من القواعد الأصولية والتي بنيت عليها فروع لاحصر لها في جميع أبواب الفقه الإسلامي، ومن هذه القواعد تلك القاعدة التي تقول «الأمور بمقاصدها» وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن العقود بمقاصدها، فالعبرة في التعاقد بالمقصد الذي يرمي إليه العاقد من وراء تعاقده.

وفي هذا المعنى يقول العلامة ابن القيم رحمه الله: «وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارة ، وحراماً تارة، باختلاف النية والقصد كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافهما».

وهذا كالسلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً حرام



(١) البخاري: ٣٠٢/١.

باطل، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة. وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع، وإن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً، ولا يخرجه عن ذلك صورة عقد النكاح[1].

ويقول الإمام الشاطبي المالكي رحمه الله: «إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في صحة التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على ذلك معتبرة في صحة التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على ذلك لا تنحصر ... ثم يقول: والمقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العادات -أي العقود والتصرفات- بين الصحيح والفاسد.

إذن، فإن كل عقد يبتغى من ورائه الوصول إلى غرض غير مشروع، فإنه بهذا القصد يعتبر آثماً باتفاق الفقهاء، إذ لا ينبغي أن يكون في هذه المسألة خلاف بين أئمة المذاهب المختلفة.

وقد أكد الإمام الشاطبي هذا المعنى بقوله: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل»[2].

---

(١) إعلام الموقعين: ٩٦/٣.

(٢) الموافقات: ٣٢٣/٢ ومابعدها.

وعلى ذلك فلا خلاف بين القانون والفقه الإسلامي في الاعتداد بالسبب أي الباعث الدافع إلى التعاقد، واشتراط أن يكون موجوداً ومشروعاً.

والفقهاء وإن اتفقوا على أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً، وإن قصد الحرام بالأمر الحلال لا يجوز، وأن التصرف الذي اقترن به قصد محرم، أو كان باعثه غير مشروع يجب الحكم ببطلانه، لأن العقود والتصرفات شرعت لتحقيق أغراض مشروع بينها الشارع الحكيم، ولم تشرع ليتوصل بها إلى الحرام، فمن يقصد بها الحرام يكون قصده مخالفاً لقصد الشارع، ومن خالف قصده قصد الشارع كان تصرفه أو عقده المشتمل على هذه النية الآثمة باطلاً.

أقول إذا كان الفقهاء متفقين على ما ذكرنا إلا أنهم قد اختلفوا فيما يثبت له القصد المحرم والباعث غير المشروع على رأيين:

الرأي الأول: يرى الشافعيه والحنفية أن القصد المحرم والباعث غير المشروع يجب أن يكون ثابتاً في جميع الحالات، ولابد أن يكون منصوصاً عليه في صيغة العقد أو التصرف. وعلى ذلك فبيع العنب لمن يقوم بعصره وتحويله إلى خمر لا يكون بيعاً باطلاً، إلا إذا نص على هذا القصد المحرم في صلب العقد. ونفس هذا الحكم يطبق في جميع العقود المشابهة، إذا لم يتضمن الإيجاب والقبول الغرض المحرم، أو الباعث غير المشروع، حتى ولو ثبت هذا القصد وظهر ذلك الباعث بأدلة قاطعة.

والفقه الألماني متفق مع ما ذهب إليه الشافعية والحنفية، لأن النظرية الألمانية في السبب لا تعتد إلا بالسبب الذي تتضمنه الإرادة الظاهرة أي الذي ينص عليه في صيغة العقد، أما الأسباب الخفية فإنهم لا يعتدون بها طالما أنها لم تظهر إلى العالم الخارجي خارج نطاق النفس الإنسانية، فالفقه الألماني يأخذ بالإرادة الظاهرة. أما الفقه اللاتيني فيأخذ بالإرادة الباطنة.

وإذا كان الشافعية والحنفية[1]. لا يحكمون ببطلان العقد أو التصرف المشتمل على القصد المحرم أو الباعث غير المشروع إلا أنهم يقولون بأنه عقد أو تصرف محرم ويعاقب العاقد على ذلك في الآخرة، أي أنه ديانة محرم أما قضاء فهو صحيح إلا إذا اشتملت صيغته على هذا الغرض المحرم أو الباعث غير المشروع فإنه يكون باطلاً، هذا ويلزم التنويه إلى أن البعض: الشافعية وأبويوسف ومحمد، يحكمون ببطلان العقد إذا كان المعقود عليه يستخدم في الحرام عادة، حتى وإن لم يظهر هذا العقد المحرم في صلب العقد، مثال ذلك آلات اللهو من طبل ونرد -أي طاولة- وشطرنج.

فهذه الأشياء تستخدم عادة في التلهي، فكأن العاقدين قصدا بها ذلك، ولما كانت طبيعة المعقود عليه هنا من شأنها أن يقصد بها التلهي المحرم فقد اعتبر ذلك قرينة على قصد العاقدين لما يقصد عادة.

وأما أبوحنيفة وبعض من الشافعية: فقالوا بأن بيع الأشياء المذكورة

(١) الأم:٣/٦٥. البدائع:٤/١٩٠ ، ٥/١٦٩.

صحيح لأنها كما تستخدم في الحرام ويقصد بها ذلك، تستخدم في الحلال ويقصد بها ذلك، طالما أنهما لم يظهرا هذا القصد المحرم أو الباعث غير المشروع.

الرأي الثاني: يرى المالكية والحنابلة[1] أن العقد أو التصرف الذي قصد به التوصل إلى غاية محرمة باطل، سواء ذكرت هذه الغاية في صلب العقد صراحة أو ضمناً، أو أمكن اثباتها بالأدلة والقرائن الخارجية، بشرط علم الطرف الآخر بهذا الغرض المحرم.

وأصحاب هذا الرأي يتوسعون في إثبات العقد المحرم والباعث غير المشروع، بخلاف أصحاب الرأي الأول الذي يقصرونه على المنصوص عليه في العقد.

لذلك اشتهر عند المالكية والحنابلة القول بقاعدة سد الذرائع والمنع من التحايل ومضمونها: أن ما كثر قصد الحرام منه من العقود والتصرفات يبطل ولو لم يثبت قصد العاقدين له حقيقة، بأن لم يذكر هذا القصد في صلب العقد، ولم تقم عليه القرائن الخارجية كبيع العصير من الخمار.

وهذه النظرية أقرب إلى الفقه اللاتيني لأن السبب في هذه النظرية هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وأنه يعتد به سواء نص عليه في العقد أم لم ينص عليه فيه، طالما ظهر هذا الباعث أو قامت الأدلة والقرائن على وجوده.

---

(١) الحطاب:٤/٢٦٣. المغني:٤/٢٨٣.

بعض التطبيقات على الرأي الثاني:

فقد أفتى المالكية: «يمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحربيين، والعنب لمن يعصره خمراً، ويؤدب من يبيع آلات اللهو ويفسخ البيع ويكسر ويؤدب أهل ذلك»[1].

وأيضاً قالوا: بأن بيع العينة فاسد. والعينة هو أن يظهر فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز. فهذا النوع من البيوع يمنع للتهمة وسداً للذرائع وصورتها: أن يقول رجل لآخر اشتر لي سلعة بكذا، وأربحك فيها كذا، مثل أن يقول اشترها بعشرة وأعطيك فيها خمسة عشر إلى أجل، فإن هذا يئول إلى الربا، لأن مذهب مالك: أن ينظر ما خرج عن اليد ودخل به ويلغى الوسائط، فكأن هذا الرجل أعطى لأحد عشرة جنيهات إلى أجل، والسلعة واسطة ملغاة[2] وقد أفتى الحنابلة ببطلان بيع العصير ممن يتخذه خمراً، وبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق أو في زمن الفتنة، سواء دخل هذا الغرض في دائرة التعاقد أم خلا عنه العقد، بأن لم يذكر فيه لا صراحة ولا ضمناً طالما كان الطرف الآخر على علم بهذا الباعث غير المشروع[3].

هذا ولم يستلزم الحنابلة أن يكون علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع حقيقياً في جميع الحالات، بل نجد أنهم يحكمون ببطلان العقد أو التصرف للباعث غير المشروع وإن لم يعلم الطرف الآخر به حقيقة

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي: ٢/-٢

(٢) قوانين الأحكام الشرعية، ص ٢٦١.

(٣) المغني: ٢٨٣٣/٤.

مادامت ظروف التعامل والقرائن التي تحيط به تدل على أن الشخص العادي كان يمكنه أن يعلم بذلك، فالعلم في هذه الحالة علم مفترض وليس علماً حقيقاً.

ومن تطبيقات هذا العلم المفترض: حكم الحنابلة بعدم صحة هدية المدين لدائنه، وهدية الأعداء لقائد الجيش، وهدية أحد أطراف الخصومة للقاضي، فهذه التصرفات باطلة لاشتمالها على القصد المحرم والباعث غير المشروع، وعلم الطرف الآخر بأن المهدي يقصد الرشوة المحرمة هنا مفترض، دون حاجة لإثباته ، بل إننا لو اعملنا قاعدة سد الذرائع على هذه الحالات لقلنا إن الغرض المحرم والباعث غير المشروع الذي حمل المهدي إلى تقديم الهدية من الأمثلة السابقة لا يجب إثباته[1].

(١) أ.د. حسين حامد -المرجع السابق- ص ٤٠٨ ومابعدها.

الفصل الثاني

آثار العقد

تمهيد وتقسيم:

المقصود بآثار العقد: آثار العقد هي: الحقوق والالتزامات والأحكام التي يرتبها الشارع عليه. وهذه الآثار تختلف من عقد لآخر. فآثار البيع هي انتقال الملك في الأعيان إلى المشتري، والتزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشتري بتسلم المبيع ودفع الثمن، وآثار الإجارة هي: انتقال الملك في المنافع إلى المستأجر، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إليه، والتزام المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها إلى المؤجر، وآثار القرض هي: نشوء دين في ذمة المقترض، والتزام المقترض بسداد هذا الدين في الميعاد المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق على ذلك، ثبوت حق المقرض في المطالبة بهذا الدين، وآثار الوصية هي: للموصي إليه الحق في قبولها أو رفضها أثناء حياة الموصي وبعد مماته، التزام الورثة بتنفيذ الوصية في حدود ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة، وللموصي أن يرجع في وصيته أثناء حياته لأنها تبرع وللمتبرع أن يرجع في تبرعه.

ويجب أن يكون معلوماً أن آثار العقود لا تترتب عليها إلا إذا كانت مستوفية لجميع شروطها من شروط انعقاد وصحة، ولم يقترن بها

ما يقتضي نهي الشارع عنه، غير إن بعض الفقهاء يقرر ترتيب بعض هذه الآثار على العقد الفاسد والعقد الفاسد هو الذي قام به وصف نهي الشارع عنه.

وإذا كان الأصل يقتضي نشوء هذه الآثار وترتيبها عقب وجود العقد مباشرة إلا أن هناك بعض العقود لا تترتب عليها آثارها إلا بعد إجازتها ممن له حق الإجازة، وهي العقود الموقوفة.

وإذا نشأ العقد وترتبت آثاره عليه فإنه يكون ملزماً لطرفي التعاقد، وعلى ذلك لايجوز لأي منهما التحلل منه، ولكن يستثنى من هذه القاعدة بعض العقود التي يعطي الشارع فيها الحق للعاقدين أو لأحدهما في فسخ العقد بإرادته وحده دون رضا المتعاقد الآخر، وهذه العقود يطلق عليها الفقهاء العقود الجائزة أو الغير ملزمة.

ويلزم التنويه إلى أن اثار العقود تترتب عليها بجعل الشارع واعتباره، ولا دخل لإرادة أي من العاقدين فيها، فالعقد سبب في نظر فقهائنا والآثار مسببات، والقاعدة أن الشارع هو الذي يرتب المسببات على الأسباب.

وعلى ذلك فالشرط الذي يعدل من آثار العقد ويكون منصوصاً عليه فيه، شرط باطل لأنه شرط مناف لمقتضى العقد، مثال ذلك: اشتراط ألا يبيع المبيع لأحد. أما إذا كان الشرط موافقا لمقتضى العقد أو مؤكداً لآثاره فإنه يكون شرطاً جائزاً وصحيحاً عند جميع الفقهاء مثال ذلك: شرط الرهن أو الكفيل أو حلول الثمن. وهناك نوع ثالث من

الشروط: وهي الشروط التي لا توافق ولا تخالف مقتضى العقد، وقد اختلف فيها الفقهاء.

والقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي هي وجوب الوفاء بالعقود والشروط التي لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً ، قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وقال عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». هذا وإذا كانت القوانين الحديثة تقول بأن: «العقد شريعة المتعاقدين» وهذا المبدأ وإن اقترب من القاعدة المذكورة إلا أنه لا يرقى إليها، لأنها محكومة بضابط مهم، وهو عدم تحليل الحرام أو تحريم الحلال.

هذا، ويجب على المتعاقدين أن ينفذوا الالتزامات المترتبة على العقد المبرم بينهما، فإن امتنع أحدهما عن تنفيذ التزام من الالتزامات الملقاة على عاتقه كان للآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته المقابلة أو المطالبة بفسخ العقد.

والأصل في الفقه الإسلامي أن العقود لا تلزم غير عاقديها، ولا يستفيد منها أحد سواهما، وهذا المبدأ مقرر أيضاً في القوانين الوضعية ولكن يستثنى من هذا المبدأ بعض الحالات ينصرف فيها آثار العقد لغير المتعاقدين، يطلق عليهم فقهاء القانون الوضعي الخلف العام أو الخلف الخاص[1].

(١) راجع مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري: ٦/ ٥٢ ، أ.د.

واستناداً إلى ماذكرنا سنقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: ستتحدث فيه عن تقسيمات العقد المختلفة والآثار المترتبة على كل تقسيم.

المبحث الثاني: سنوضح فيه مدى حرية المتعاقدين في إبرام العقود وإضافة الشروط إليها سواء التي تؤكد مقتضاه أو تعدل في آثاره.

المبحث الثالث: عيوب العقد.

** **

حسين حامد ٤٢٥ ومابعدها.

المبحث الأول

تقسيمات العقد

ينقسم العقد إلى تقسيمات متعددة، تبعاً للاعتبارات المختلفة، فمن حيث توافر أركانه وشروطه ينقسم إلى صحيح وفاسد وباطل، ومن حيث الوقت الذي تترتب فيه آثاره ينقسم إلى نافذ وموقوف، ومن حيث إمكانية التحلل من آثاره بعد ترتيبها ينقسم إلى لازم وجائز، ومن حيث آثاره إلى تملكات واسقاطات .

وسنعرض لكل قسم من هذه الأقسام في مطلب خاص مع الإيجاز ما أمكن.

** **

المطلب الأول

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

أولاً : أقسام العقد عند الحنفية:

قسم الحنفية العقد إلى ثلاثة أقسام صحيح. وفاسد. وباطل.

وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويقصدون بذلك: ما كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه، وهو إنما يكون كذلك إذا اكتملت أركانه وتوافرت شروطه، ولم يكن الشارع قد نهى عنه.

فعقد البيع لكي يكون صحيحاً يجب أن يباشره شخصان مميزان بإيجاب وقبول متوافقين دالين على إنشائه في محل قابل لحكمه ، وهو المال المتقوم ولم يقترن به توقيت ولا جهالة في المبيع،ولا عدم تقوم في الثمن، ولم تلابسه جهالة فاحشة، ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يقتضي إلى نزاع، أو يؤدي إلى فقد شرط من شروط صحته، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سبباً للنهي عنه[1]. ومما هو معروف أن ركن العقد عند الحنفية هو الصيغة -أي الإيجاب والقبول- أما المحل والعاقدين فهما شرطان لازمان لوجود هذه الصيغة.

فالإيجاب والقبول لابد أن يصدرا من شخصين، ولا بد من وجود محل يرد عليه التعاقد.

وقد سبق أن تحدثنا عن شروط كل من الصيغة والعاقدين والمحل.

---

(1) الشخ علي الخفيف، ص١٣٨.

حكم العقد الصحيح:

ترتيب جميع آثاره عليه منذ نشأته إن كان عقداً نافذاً، وبعد زوال سبب الوقف إن كان موقوفاً.

القسم الثاني : العقد الفاسد

وهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أو وقع الخلل في وصفه دون أصله، وهذا العقد ركنه موجود -الإيجاب والقبول- وشروطه التي تطلبها الشارع مكتملة، غير أنه اتصل به وصف ينهى الشارع عنه.

ومن العقود الفاسدة عقد المكره، والبيع بثمن مجهول، أو إلى أجل مجهول، والعقد الذي اقترن به شرط فاسد، فهذه الصور من العقود قد توافر فيها ركن العقد وشروطه التي طلبها الشارع، ولكن لحقه وصف نهى الشارع عنه، مثل الإكراه الذي يعيب الرضا، أو الغرر بسبب جهالة الثمن أو الأجل أو الضرر.

حكم العقد الفاسد:

١ - حكمه قبل القبض:

من المعلوم أن العقد الصحيح ترتب عليه آثاره، أما العقد الفاسد فإنه ينبغي ألا يترتب عليه أي أثر، وقد طبق الحنفية هذه القاعدة على العقد الفاسد الذي لم يتم فيه تقابض، فقالوا بوجوب فسخه، وحكموا بعدم ترتب آثار العقد الصحيح عليه. فإذا كان العقد الفاسد بيعاً فإن البائع لا يجوز له أن يطالب المشتري بالثمن، كما لا يجوز

للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع، لأن العقد الفاسد منهي عنه والمنهي عنه لا يجب الوفاء به.

وهذا العقد يجب فسخه، والفسخ حق لله تعالى. والذي لا يملك أحد العاقدين إسقاطه بإجازته أو النزول عن حقه في الفسخ، وإذا فسخه أحدهما فإن هذا الفسخ لا يتوقف على رضا المتعاقد الآخر، أما علم المتعاقد الآخر بالفسخ فهو شرط للاحتجاج به عليه عند بعض الحنفية.

كما أن فسخ العقد الفاسد لا يحتاج إلى قضاء القاضي، وإذا مات أحدهما قام ورثته مقامه في الفسخ دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.

زوال الفساد بزوال سببه:

لقد سبق أن ذكرنا بأن العقد الفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه عند الحنفية، أي أن الفساد لم يلحق بأصل العقد وركنه وإنما اقترن بوصف خارج عنه، فإذا زال الوصف الفاسد أنتج العقد جميع آثاره الشرعية كالعقد الصحيح، مثال ذلك: إذا كان الفساد راجعاً إلى جهالة الثمن أو الأجل، وقام المتعاقدان بالاتفاق على ثمن محدد أو أجل معين في مجلس العقد أو بعده، في هذه الحالة يزول الفساد ويصبح العقد صحيحاً منتجاً لآثاره. فالخلل إذا كان راجعاً للوصف يمكن إزالته كما رأينا. أما إذا كان الخلل راجعاً إلى أصل العقد وركنه فإنه لا يمكن إزالته.

٢ - حكمه بعد القبض:

إذا قام المتعاقدان بتنفيذ العقد الفاسد، مثال ذلك: أن يسلم المشتري العين المبيعة، أو يتسلم منه ثمنها. فالقبض الحاصل في العقد الفاسد قبض يفيد الملك، والمشتري يصير مالكاً له ويكون له سلطات المالك قضاء، ولكن يمتنع عليه الانتفاع به ديانة، لأن العقد الفاسد منهي عنه من الشارع ويجب فسخه وعلى ذلك فإن للمشتري بعقد فاسد أن يبيع العين المشتراه ويقبض ثمنها لأنه المالك لها. ولكن للبائع أن يرجع عليه بمثل الشيء المبيع إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان قيمياً ولا يرجع عليه بالثمن. هذا وقد فرق بعض الحنفية بين ما إذا كان الفساد لشرط فاسد اقترن بالعقد، كالأجل المجهول فإن حق الفسخ الذي كان قائماً قبل القبض لكل من العاقدين لا يبقى بعد القبض، إلا بالنسبة لصاحب المصلحة في الشرط دون العاقد الآخر، ولذلك إذا اسقط صاحب الشرط شرطه صح العقد، ولا يجوز للمتعاقد الآخر أن يحرمه من حقه في تصحيح العقد بإسقاط شرطه[1].

أما إذا كان الفساد لأمر أو وصف له ارتباط بالعقد، كأن يكون الثمن خمراً أو خنزيراً مثلاً فإن حق العاقدين في فسخ هذا العقد بعد تنفيذه يبقى قائماً كما كان قبله، لأن سبب الفساد لا يمكن إزالته دون اختلال العقد.

(١) فتح القدير: ٥/٢٣١، البدائع: ٥/٣٠٠.

هلاك المبيع بعقد فاسد:

إذا هلك المبيع بعقد فاسد في يد المشتري فإن هلاكه يكون عليه، ولا يكون للبائع الحق في المطالبة بفسخه، وإنما يكون له المطالبة بالمثل إن كان مثلياً أو بالقيمة إن كان قيمياً.

فالحالات التي يتعذر على البائع فيها استرداد المبيع هي:

١ - هلاك المبيع.

٢ - تغير صورة المبيع تغيراً يخرجه عن حالته التي كان عليها وقت العقد.

٣ - زيادته زيادة ليست متولدة منه ولا يمكن فصلها عنه.

خلاصة القول في هذه المسألة:

إن العقد الفاسد عقد منهي عنه ويجب فسخه، سواء تم تنفيذه بالقبض أم لا، ولكن إذا تم تنفيذه فإن الفسخ يمتنع إذا تصرف المشتري في المعقود عليه تصرفاً ينقل الملكية كالبيع والهبة، أو يمنع من الرد كالإتلاف والتغيير، أو الزيادة الغير متولدة منه، وسواء كان هذا التلف والتغيير والزيادة بفعله أو بفعل أجنبي.

القسم الثالث العقد الباطل:

هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، ويقصد بأصله ركنه وشروط

هذا الركن، أما الوصف فيقصد به الأمور التي تقترن بالعقد فتقتضي نهي الشارع عنه، فالعقد الباطل إذاً هو ما اختل ركنه أو انعدم شرط من شروطه.

فالبيع الباطل مثلاً كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرها كبيع الميتة والدم والبول وكل ما ليس بمال، وكذا بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلم، وكذا بيع الخمر لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين[1].

وركن العقد عند الحنفية هو الإيجاب والقبول -الصيغة- ولقد وضع الحنفية شروطاً لانعاقد العقد، إذا تخلف واحد منها فإن العقد لا يكون منعقداً أو لا يكون له وجود في نظر الشارع.

وشروط الانعقاد عندهم هي:

١- أن يكون العاقد عاقلاً مميزاً متعدداً، لأن الصبي المميز الذي يدرك معنى العقد، وما يترتب عليه من آثار ينعقد بيعه وشراؤه مثلاً ويتوقف نفاذه على إجازة الولي أو الوصي أو إجازته بعد البلوغ، كما يجب أن يكون العاقد متعدداً أي صدور الإيجاب والقبول من شخص آخر، إلا إذا كان العاقد لنفسه أباً أو وصياً يريد أن يشتري أو يبيع لولده الصغير، أو لمن هو تحت ولايته، أو وصايته، ولكن يشترط في الوصي أن يكون في بيعه وشرائه نفع ظاهر للصبي.

---

(١) البدائع: ٥/٣٠٥.

٢- أن يكون الإيجاب موافقاً للقبول فإذا كان القبول مخالفاً للإيجاب لم ينعقد البيع.

٣ - اتصال الإيجاب والقبول في مجلس العقد، وبقاء الإيجاب قائماً حتى يتصل به القبول.

٤ - أن يكون المحل موجوداً، ومتقوماً منتفعاً به شرعاً، مقدوراً على تسليمه ومعلوماً للعاقدين[1].

حكم العقد الباطل:

العقد الباطل منعدم لا وجود له في نظر الشارع، لذا فإنه لا يترتب عليه أي أثر. أي أنه لا وجود له إلا من حيث الصورة فقط. فالبيع الباطل لا يملك بالقبض، وفي الإجارة الباطلة لا يجب الأجر فيها ومثالها ما إذا استأجر الشريك شريكه لحمل طعام مشترك، وفي الفاسد يجب أجر المثل. وأما في الرهن: ففاسده يتعلق به الضمان، وأما باطله فلا يتعلق به الضمان[2].

وعلى ذلك فإذا كان العقد الباطل بيعاً، فإن المشتري لا يجوز له أن يجبر البائع على تسليم المبيع، وإذا سلمه إليه باختياره كان له أن يسترده منه استناداً إلى قاعدة استرداد غير المستحق.

بل إن للبائع أن يسترده حتى ولو باعه المشتري وانتقل إلى أكثر

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٥.
(٢) الأشباه والنظائر. المرجع السابق ، ص٤٠١.

من شخص لأن البيع الباطل لا ينقل الملك إلى المشتري.

ومن خصائص هذا العقد أنه لا تلحقه الإجازة لأنه لا وجود له شرعاً، لذا لا تصححه الإجازة أبداً.

ويلزم التنويه إلى أن للعاقدين ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد ويحتج به طالما أن هذا التمسك يحقق مصلحة أو يدفع ضرراً عنه.

الضمان في العقد الباطل: اختلف الحنفية في هذا الضمان على النحو الآتي:

منهم من قال بأن العقد الباطل إذا اقترن به القبض يؤدي إلى نقل الضمان من البائع إلى المشتري: فإذا هلك المبيع بعقد باطل عند المشتري بعد قبضه فإن المشتري ملتزم للبائع بالمثل أو القيمة.

منهم من قال: بأن المبيع في يد المشتري أمانة لا يضمنه إلا بالتعدي، لأن العقد وإن كان باطلاً إلا أن المشتري قد قبضه بإذن المالك البائع، لذا لا يجب عليه الضمان إلا في حالة التعدي[1].

هذا ويجب التنويه إلى أن الباطل والفاسد مترادفان عندهم في العبادات والنكاح[2].

---

(١) ابن عابدين-المرجع السابق- ص١٦٣.

(٢) الأشباه والنظائر -المرجع السابق- ص ٤٠٠.

ثانياً: أقسام العقد عند الجمهور:

قسم جمهور الفقهاء العقد إلى صحيح وغير صحيح ويقصدون بغير الصحيح الباطل أو الفاسد، فاللفظان مترادفان عندهم.

فالعقد الصحيح: هو العقد التي اكتملت أركانه وتوافرت شروطه، ولم يكن الشارع قد نهى عنه، بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه فعلاً.

فإذا اختل أحد أركانه أو انعدم شرط من شروطه أو كان الشارع قد نهى عنه لوصف اقترن به كان هذا العقد باطلاً وفاسداً.

وعلى ذلك يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية:

أ - إذا لم يوجد قبول.

ب - إذا وجد القبول مخالف للإيجاب.

ج - إذا كان أحد العاقدين عديم التمييز كالمجنون والصبي غير المميز.

د - إذا كان محل العقد معدوماً أو غير مقدور على تسليمه أو لم يكن مالاً متقوماً في عرف الشرع أو كان غير معلوم للعاقدين أو لأحدهما أو كان مشتملاً على ربا أو غرر، فالعقد في كل هذه الحالات

منعدم لا وجود له، لفقده ركنا أو شرطاً من شروطه أو لورود نهي من الشارع عنه، فالشروط اللازمة لصحة العقد عند الجمهور سواء في الحكم وهو ترتب بطلان العقد على انعدام شرط واحد منها.

أساس الخلاف بين الحنفية والجمهور:

أساس الخلاف يرجع إلى خلافهم في أمر آخر وهو: الأثر الذي يترتب على نهي الشارع إذا ما نهى عن عقد من العقود لانعدام شرط من شروطه أو لوجود سبب آخر.

فالجمهور يرى: أن الشارع إذا نهى عن عقد فإنه يكون غير موجود شرعاً فإذا خالف شخص ذلك ولم يمتثل لما أمر به الشارع، بأن عقد عقداً من العقود المنهي عنها، فإن هذا العقد لا يعتبر عقداً في نظر الشارع، ولا يكون له وجود في اعتباره وحكمه سواء أكان النهي راجعاً إلى أصله أم راجعاً إلى وصف لازم عارض له.

أما إذا كان النهي راجعاً إلى أمر مجاور للعقد غير لازم له بل يصح أن ينفك عنه كان الحكم في هذه الحالة كراهة العقد فقط.

وأما الحنفية فيرون: التفرقة بين ما إذا كان النهي راجعاً إلى أصل العقد وركنه، وبين ما إذا كان راجعاً إلى وصف لازم للعقد عارض له.

فالنهي الأول يترتب عليه بطلان العقد لأنه يكون دليلاً على عدم صلاحية محل النهي لتكوين العقد ووجوده في نظر الشارع، لأن النهي

عنه يقتضي بطلانه، والباطل لا يكون عنه إلا الباطل، ولذا يكون العقد في هذا الحال باطلاً. وأما النهي الثاني وهو الذي يرجع إلى الوصف الملازم للعقد العارض له، يترتب عليه بطلان هذا الوصف وفساده، وعدم مشروعيته، وأما أصل العقد وركنه فسالم عن النهي والفساد وبالتالي يكون مشروعاً.

وبناء على ذلك لا يكون العقد صحيحاً لفساد وصفه ولا يكون باطلاً لأن أصله صحيح، لذلك وجب أن تكون هذه الحالة قسماً ثالثاً بين الصحيح والباطل، واطلقوا عليه الفاسد.

وأما إن كان النهي راجعاً إلى أمر مجاور غير ملازم له وليس شرطاً فيه وإنما عرض له بسبب المجاورة كان مقتضاه الكراهة فقط للإقدام عليه في هذه الحال.

والأمثلة على ذلك ما يأتي:

١- روى عن ابن مسعود أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» وما روي عن جابر: «أن النبي صلى الله عليه وسلم: حرم الخمر والميتة والخنزير» فالنهي في هذين الحديثين منصب على أصل العقد لأنه يرجع إلى خلل في محله، فكل هذه الأشياء ليست مالاً متقوماً، ومعروف أن محل البيع يشترط فيه أن يكون متقوماً. وعلى ذلك فالعقد في هذه الصور باطل عند الجميع بلاخلاف.

٢ - روى عن أبي هريرة: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة» كان العرب يبيعون الشيء لشخص ويشترطون عليه أن يبيعهم شيئاً آخر من ماله فنهاهم الرسول عن ذلك، وهذا النهي في هذا الحديث منصب على وصف ملازم للعقد عارض له، وهو اشتراط شرط قد يؤدي إلى النزاع في العقد. فالحنفية يقولون بأن العقد المشتمل على هذا الوصف أو الشرط فاسد ليس باطل. كما يقول الجمهور. لأن أصل العقد وركنه مشروع لم يصدر نهي عنه، فكان العقد في هذه الحالة مشروع بأصله غير مشروع بوصفه لذلك كان فاسداً.

٣ - قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ فهذه الاية أمرت بترك البيع عند نداء المؤذن لصلاة الجمعة، وهذا النهي منصب على أمر مجاور العقد لا لنفس العقد ولا لوصف ملازم عارض له، لأن المنهي عنه ليس شرطاً فيه، وهذا النوع من العقود صحيح منتج لآثاره الشرعية عند الجمهور والحنفية، ولكنه من العقود المكروهة، لأن النهي متعلق بإبرام العقد وإيجاده في هذا الوقت، وذلك فعل للعاقد وهو غير عقده، ولا تعلق له بنفس العقد، فنهى الشارع عن ممارسة البيع والشراء عند النداء لصلاة الجمعة لكيلا يكون سبباً في عدم الذاهب للصلاة، فالكراهة كانت لهذا السبب[1].

** **

---

(١) الشيخ علي الخفيف: ص ١٣١ ومابعدها. البدائع : ٥/ ٢٣٢.

المطلب الثاني

أقسام العقد من حيث الوقف والنفاذ

الأصل في العقد المتوافر الأركان والشروط ترتب آثاره عليه عقب انعقاده مباشرة أي أن آثار هذا العقد لا تتراخى عن وقت عقده، وهذا هو العقد الصحيح النافذ، إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه توجد بعض العقود الصحيحة تتراخى آثارها عن وقت إبرامها، وتتوقف على الإجازة ممن يملك إصدارها، ويطلقون على هذا النوع من العقود الموقوفة. وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة يجعلون هذه العقود في مقابلة العقود الصحيحة النافذة.

وأما الشافعية وبعض الحنابلة فإنهم لا يعترفون بالنوع الثاني – العقود الموقوفة– ويعدونه من العقود الباطلة التي لا يترتب عليها أي أثر. أي أن العقد الصحيح عند هؤلاء قسم واحد هو العقد الذي ترتب عليه آثاره بعد انعقاده دون تراخي، وأما العقد الذي لا يترتب هذه الآثار فإنه لا يكون صحيحاً، لأنه لا يصلح سبباً لترتب الآثار، لأن السبب الصحيح يترتب عليه مسببه فور وجوده، والعقد الموقوف من هذا النوع لأن آثاره لا تترتب عليه عقب انعقاده فدل ذلك على أنه ليس بسبب صحيح فكان عقد من العقود الباطلة[1].

١ – العقد النافذ:

العقد النافذ هو: العقد المكتمل الأركان المتوافر الشروط والذي

(١) أ.د. حسين حامد –المرجع السابق– ٤٤٥.

تترتب آثاره عليه عقب انعقاده دون أن يتوقف على أمر آخر.

فإذا صدر العقد من شخص كامل الأهلية أو له ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية كالعقد الذي يعقده الولي أو الوصي على القاصر أو الوكيل نيابة عن موكله.

٢- العقد الموقوف:

العقد الموقوف هو العقد الصادر من شخص أهل للتعاقد ولكن ليس له ولاية إبرامه. ومن العقود الموقوفة بيع غير الرشيد فإنه موقوف على إجازة القاضي، بيع الفضولي مال غيره فإنه موقوف على إجازة المالك، بيع وكيل الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول، بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري فإنه يتوقف على إجازة المشتري[١].

هذا وقد عرف الحنفية العقد الموقوف بأنه: عقد توافرت فيه شروط الانعقاد والصحة فكان صالحاً لترتب آثاره عليه، غير أن الآثار قد تراخت عنه إلى صدور الإجازة ممن تقرر الوقف لصالحه، فإذا لم تصدر هذه الإجازة اعتبر العقد كأن لم يكن.

وعلى ذلك فحكم العقد الموقوف: أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجيز ممن يملك إصداره إجازة صحيحة، فإذا لم تصدر هذه الإجازة كان باطلاً كما ذكرنا.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ١٣٩/٤.

المطلب الثالث

أقسام العقد من حيث الجواز واللزوم

ينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم. والعقد اللازم هو الذي لا يستقل بفسخه أحد أطراف التعاقد كالبيع والإجارة والنكاح والخلع.

وأما العقد غير اللازم وهو المعروف عند غير الحنفية بالعقد الجائز فهو: الذي يستقل أحد طرفي التعاقد بفسخه كالشركة والوكالة والعارية والوديعة والوصية.

وهذا النوع ينقسم إلى قسمين:

أ - غير لازم لذاته بالنسبة لطرفي العقد كالشركة والوكالة والعارية والوديعة .

ب - غير لازم بالنسبة لأحدهما لازماً بالنسبة إلى الطرف الآخر كالرهن، فإنه يكون عقد لازماً بالنسبة إلى الراهن، ويكون غير لازم بالنسبة إلى المرتهن، لأن للمرتهن أن يستقل بفسخه.

هذا ويلزم الإشارة إلى أن من العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضي طرفي التعاقد مثل عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، ومنها ما يصير غير لازم بالشرط وذلك بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار وهي عقود المعاوضات.

وعلى ذلك يلزم توضيح أهم هذه الخيارات فيما يلي:

أولاً : خيار المجلس :

اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس على النحو الآتي:

الرأي الأول: للشافعية والحنابلة الذين يقولون بثبوت خيار المجلس بدون شرط الخيار ولو بعد تمام العقد، فلكل واحد من المتبايعين إمضاء العقد وفسخه مادامًا في المجلس. ولكن إذا تم العقد وتفرقا لزم العقد في هذه الحالة، ولا يجوز لواحد منهما فسخه إلا بعيب أو خيار شرط.

والمراد بالتفرق عندهم هو التفرق بالأبدان، ويعتبر في التفرق العرف [1] وقد استدلا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار حتى يتفرقا من مكانهما».

الرأي الثاني: للحنفية الذين يقولون: بأن خيار المجلس لايثبت للعاقد إلا بالشرط فإذا تم العقد انعقد من غير اشتراطه وأصبح لازماً سواء تفرقا عن المجلس أو بقيا فيه، وإنما الذي للعاقد في المجلس بدون شرط هو خيار القبول. ويحملون الحديث على هذا، فيقولن بأن معنى الحديث أن لهما خيار المجلس بالشرط [2].

---

(١) روضة الطالبين: ٣/ ٤٣٣. الاقناع الحنبلي : ٢/ ٨٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٠.

الرأي الثالث: للمالكية: الذين يقولون بأن خيار المجلس لايعمل به لأنه مخالف لعمل أهل المدينة، حتى وإن ثبت بخبر آحاد، لأن خبر الآحاد يفيد الظن، وعمل أهل المدينة مقدم عندهم على خبر الآحاد لأنه كالمتواتر يفيد القطع، ولذا فالخيار عندهم خيار الشرط والعيب[1].

ثانياً : خيار الشرط:

خيار الشرط هو: ما يثبت لأحد العاقدين أو لغيرهما من الحق في إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له. ففي البيع قد يشترط للبائع في العقد، كأن يقول إنسان لآخر: بعتك هذا المنزل بخمسين ألف من الجنيهات على أن يكون لي الخيار في إمضاء البيع أو فسخه في لثلاثة أيام ويقبل المشتري على ذلك.

وقد يشترط للمشتري، فيقول المشتري ابتداء: اشتريت هذا المنزل منك بكذا على أني بالخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك.

وقد يشترط لكل منهما: فيقول البائع بعتك هذا المنزل على أن يكون لكل منا الخيار في فسخ هذا العقد وإمضائه في ثلاثة أيام ويقبل المشتري ذلك.

وعلى ذلك قد يكون الخيار صادراً من العاقد لنفسه أو من صاحبه له أي أن خيار الشرط يثبت لمن شرط له سواء كان أحد المتعاقدين أو هما معاً.

(١) حاشية الدسوقي :٣/ ٨٢.

اشتراط الخيار لغير العاقدين: قد يقوم البائع أو المشتري باشتراط الخيار لشخص آخر غيرهما، عندما يريد المشترط أن يحصل على موافقته على العقد لخبرته به، كأن يقول البائع أو المشتري بعت هذا المنزل بكذا أو اشتريت المنزل بكذا على أن يكون لفلان الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في ثلاثة أيام ويقبل الآخر. وفي هذه الحالة يكون الخيار لمن شرط له ولمن اشترطه حتى وإن لم يذكر ذلك في العقد، لأنه لا يعقل أن يملك غيره له ما لا يملكه هو لنفسه. ولذا كان اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد اشتراط لنفسه أيضاً.

سبب هذا الخيار: يرجع السبب في ثبوت هذا الخيار إلى اشتراطه في العقد من أحد العاقدين، ولذا اطلق عليه خيار الشرط، أي الخيار الذي سببه الشرط، وهو صحيح حتى وإن خالف مقتضى العقد لحديث رسولنا الكريم عليه الصلاة والسلام فقد ورد أن حبّان بن منقذ الأنصاري كان يغبن في البياعات وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي عليه الصلاة والسلام عسى أن يمنعه فقال له النبي: «من بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في سلعة ابتعتها ثلاث ليال». ومعنى لا خلابة لا غبن ولا خديعة[1]

هذا وقد اختلفت المذاهب في مدة خيار الشرط على النحو الآتي:

١ - **الحنفية**: يقولون بانقسام خيار الشرط بالنسبة للمدة إلى ثلاثة أقسام:

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ٨٢. رفض الطالبين. المرجع السابق ٤٤٦. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٨. المغني: ٤/ ٦٩.

الأول: جائز باتفاق: وذلك في حالة ما إذا نص على مدة خيار الشرط بثلاثة أيام فما دونها.

الثاني: فاسد باتفاق: وذلك في حالة ما إذا نص على مدة مجهولة لهذا الخيار أو في حالة اطلاقه للخيار فلم يقيده بمدة أصلاً.

الثالث: مختلف فيه: وهو أن يقول على أنني بالخيار شهراً أو شهرين فأبوحنيفة يقول أنه شرط فاسد وأبويوسف ومحمد يقولان أنه جائز[1].

٢ - **المالكية**: يقولون بانقسام خيار الشرط بالنسبة للمبيع إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الخيار في عروض التجارة كالثياب والأجهزة الكهربائية ونحوها، مدة الخيار في هذه السلع ثلاثة أيام فإن زادت المدة عن ذلك فسد العقد، وأما الخضر والفواكه وغيرها من السلع التي يسرع إليها الفساد فمدة الخيار فيها تكون بقدر الحاجة بحيث لا تتغير في هذه المدة.

الثاني: الخيار في الدواب كالبقر والغنم ونحوها، ومدة الخيار فيها ثلاثة أيام أيضاً لمعرفة رخصها وغلائها ماعدا دواب الركوب كالخيل والبغال والحمير، فإن مدة الخيار تختلف بحسب ما إذا كان يراد معرفة حال ركوبها داخل البلد أو خارجه، فإن كان داخل البلد فالخيار فيها

(١) حاشية ابن عابدين: ج٤/٤٧.

يوما واحداً فقط، وإن كان خارج البلد فالخيار فيها مسافة بريدين فقط(البريد اثنا عشر ميلاً) مع بقاء الخيار ثلاثة أيام ، وما يقرب من الثلاثة مطلقاً سواء كان الخيار للركوب أو لغيره.

الثالث: الخيار في بيع العقار وهو الأرض ونحوها، ومدة الخيار في هذا القسم يمتد إلى ستة وثلاثين يوماً على الأكثر، فإذا زاد على ذلك فسد العقد[1].

٣ - الشافعية: يقولون بأن مدة الخيار ثلاثة أيام فأقل بشرط أن تكون متصلة بشرط الخيار وأن تكون متوالية، فاشتراط مدة مجهولة وغير متصلة يؤدي إلى بطلان العقد[2].

٤ - الحنابلة: يقولون بأن مدة الخيار يجب أن تكون معلومة حتى وإن كانت مدة طويلة كشهر أو سنة، فإن كانت السلعة المبيعة لا تبقى إلى مضي المدة كالخضر والفاكهة، جاز لأحدهما-البائع أو المشتري- أن يبيعها بإذن الآخر أو بإذن الحاكم إن اختلفا ثم يقوم بحفظ ثمنها إلى أن تنقضي مدة الخيار المنصوص عليها في العقد[3].

هل تخرج البضاعة المبيعة عن ملك البائع في مدة الخيار أو لا؟

اختلف أئمة المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

---

(١) حاشية الدسوقي ، ص٨٢ ومابعدها.

(٢) تحفة المحتاج في هامش حواشي الشرواني: ج٤/ ٣٤٥.

(٣) كشاف القناع: ج٣/ ٢٠٢.

أ - الحنفية:

يقولون بأن الخيار إما أن يكون للبائع أو للمشتري أو لهما أو للغير.

فالأول: في حالة ما إذا كان الخيار للبائع فإن البضاعة المبيعة لا تخرج عن ملك البائع باتفاق. أما الثمن فإنه يخرج عن ملك المشتري باتفاق. وهل يدخل في ملك البائع خلاف فأبوحنيفة يقول:

« أنه لا يدخل في ملك البائع لأنه لو دخل في ملكه مع كون البضاعة مملوكة له أيضاً لأدى ذلك إلى اجتماع البدلين في ملك أحد المتبايعين، وذلك لا أصل له في الشرع في المعاوضة لأن المعاوضة تقتضي المساواة بين المتبايعين في تبادل ملك المبيع والثمن».

وأما الصاحبان فيقولان: «بأنه يدخل في ملك البائع لأنه لو لم يدخل لكان سائبة غير مملوك لأحد».

وأجاب الإمام على ذلك بقوله: «بأنه ليس سائبة لأن ملك المشتري لا يزال عالقاً، وفي هذه الحالة إما أن يقبضها المشتري أو يتركها في يد البائع، فإن تسلمها وهلكت أو تلفت وهي في حيازته وتحت يده فإنه يكون ملزماً بدفع قيمتها للبائع وتحتسب قيمتها من يوم تسلمه لها لا من يوم الهلاك أو التلف، ولذلك يجب على المشتري في هذه الحالة أن يقوم بدفع قيمة البضاعة المبيعة للبائع سواء زادت عن ثمنها أو نقصت، ولا عبرة ببقاء البيع أو فسخه لأنه إذا قام البائع

بفسخ البيع في مدة الخيار وبقيت البضاعة المبيعة في حيازة المشتري وتحت يده ثم حدث لها تلف أو هلاك فإن المشتري ملزم بدفع قيمتها للبائع، ولكن إذا انقضت مدة الخيار ولم يقم البائع بفسخ البيع ثم هلكت البضاعة المبيعة فإن المشتري في هذه الحالة يكون ملزماً بدفع ثمنها لا قيمتها لسقوط الخيار بانتهاء مدته واستقرار البيع.

وإذا لحق بالبضاعة المبيعة عيب وهي في يد البائع ترتب عليه نقصان قيمتها فإن خياره يظل قائماً وصحيحاً لأن ذلك العيب لم يكن ناتجاً عن فعله، ولذا فإنه لا يكون مسئولاً عنه، ولكن المشتري في هذه الحالة يكون مخيراً بين أخذها بثمنها وبين فسخ البيع، أما إذا كان العيب أو النقص اللاحق بالبضاعة المبيعة ناتجاً عن فعل البائع فإنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عنه، ويترتب على ذلك انقاص ثمنها بقدر ما أصابها من نقص.

ومن البديهي أن البضاعة المبيعة إذا هلكت أو تلفت وهي في حيازة البائع وتحت يده مع كون الخيار له فإن البيع ينفسخ في هذه الحالة ولا شيء على المشتري أو البائع.

الثاني : في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أو لأجنبي فإن البضاعة المبيعة تخرج عن ملك البائع باتفاق.

أما الثمن فإنه لا يخرج عن ملك المشتري باتفاق، ولكن هل يدخل المبيع في ملك المشتري بعد خروجه من ملك البائع أم لا خلاف.

فأبوحنيفة يقول: أنه لا يدخل في ملك المشتري، لأنه لو دخل في ملكه مع كون الثمن مملوكاً له أيضاً لأدى ذلك إلى اجتماع البدلين في ملك أحد المتبايعين، وذلك لا أصل له في الشرع في المعاوضة لأنها تقتضي المساواة بين المتعاقدين في تبادل ملك المبيع والثمن.

وأما أبويوسف ومحمد فيقولان: بأن المبيع يدخل في ملك المشتري لأنه لو لم يدخل لكان سائبة غير مملوك لأحد وأجيب بأنه ليس سائبة، لأن ملك البائع لا يزال متعلقاً به. على أن عدم دخوله في ملك المشتري لا يمنع من ترتب بعض آثار الملك عليه، ولذا فإن نفقته تجب على المشتري بالإجماع، وإذا تصرف المشتري فيه بالبيع أو الهبة في مدة الخيار جاز تصرفه، ويكون هذا التصرف إجازة منه لهذا البيع.

وسواء دخل المبيع في ملك المشتري أو لم يدخل فإنه إذا تسلمه ودخل في حيازته ثم هلك أو تلف، فإنه يكون ملزماً بدفع ثمنه للبائع.

وإذا طرأ على المبيع عيب فإن كان مما يمكن زواله كالمرض ونحوه، فإن زال في مدة الخيار فالمشتري باق على خياره وإن لم يزل لزم العقد، وإن كان مما لايمكن زواله وكان المبيع في حيازة المشتري وتحت يده والخيار له أصلاً، فإنه في هذه الحالة يكون ملزماً بثمن المبيع، وسواء كان المرض أو العيب حاصلاً بآفة سماوية أو بفعل أجنبي، ولكن إذا كان العيب ناتجاً من فعل البائع، وكان الخيار للمشتري فإن الحنفية قد اختلفوا في ذلك، فالإمام وأبويوسف يقولان: إن البيع يكون لازماً وللمشتري الحق في الرجوع على البائع بقيمة ما

نقص إذا كان المبيع قيمياً كالحيوان والثياب ونحوه، أما إذا كان المبيع مثلياً كالذهب والفضة وأحدث به البائع عيباً فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ قيمة ما نقص من ثمنه نقوداً لأنه يكون ربا، ولكن يكون له في هذه الحالة الخيار في أن يمسك المبيع بلا مطالبة بالنقصان أو يسلمه ويطالب البائع بثمنه أو قيمته.

وأما محمد: فيقول بأن المشتري يظل على خياره إن شاء أجاز البيع مع أخذه قيمة ما نقص وإن شاء رده على البائع.

الثالث: إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري معاً فإن المبيع لايخرج عن ملك البائع في هذه الحالة، كما لا يخرج الثمن عن ملك المشتري باتفاق، فإذا قام أحدهما بإجازة البيع أصبح العقد لازماً له فقط ويظل الآخر على خياره، أما إذا قام أحدهما بفسخ البيع فإن البيع في هذه الحالة يكون منفسخاً، وإذا لم يحصل منهما إجازة ولا فسخ بل ظلا ساكتين حتى مضت مدة الخيار، فإن البيع يكون لازماً لهما. وإذا هلك المبيع أو تلف قبل أن ينتقل إلى حيازة المشتري بقبضه فإن البيع يكون باطلاً، وكذلك إذا هلك الثمن قبل أن يستلمه البائع فإن البيع يكون باطلاً في هذه الحالة أيضاً بشرط أن يكون الثمن عيناً. أما إذا هلك المبيع أو الثمن بعد قبضه فإن البيع يكون باطلاً وعلى من استلمه دفع قيمته[1].

هذا ويجب أن يكون معلوماً أن فسخ البيع في مدة الخيار حق لمن شرط له سواء كان بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً.

---

(١) شرح فتح القدير: ٦/٣٠٥

ب - المالكية:

يقولون بأن المبيع لا يخرج عن ملك البائع في زمن الخيار على المعتمد سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي عنهما، فإمضاء البيع ينقل المبيع عن ملك البائع لملك المشتري، وقيل: إن الملك للمشتري، فالإمضاء تقرير لملك المشتري لأن أصل ملكه حصل بالعقد، لكن ملكه غير تام لاحتمال رده ، لذلك فإن ضمان المبيع من البائع على القولين اتفاقاً، ثم لا يخلو إما أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما، فإن كان الخيار للبائع وقبض المشتري المبيع وادعى ضياعه عنده فإنه يكون ملزماً به في الأحوال الآتية:

الحالة الأولى: أن يكون المبيع مما لا يغاب عليه أي مما لايمكن اخفاؤه مع بقائه سالماً كالحيوان، أما إذا ادعى المشتري ضياع المبيع أو تلفه وقامت البينة على كذب ادعائه فإن يكون ضامناً للمبيع حيث ظهر كذبه، أما إذا أقام البينة على صدق دعواه فإنه لا ضمان عليه بل على البائع.

الحالة الثانية: يضمن المشتري في مدة الخيار إذا تسلم المبيع، وكان مما يعاب عليه أ ي مما يمكن اخفاؤه مع بقائه سالماً كالثياب والذهب والفضة وفي هذه الحالة إذا ادعى المشتري ضاع أو تلف المبيع الذي تسلمه وقبضه، ولم يقم بينة تصدقة فإن ضمانه يكون عليه، أما إذا أقام البينة التي تصدقه وتؤيد دعواه فإن الضمان يكون على البائع.

الحالة الثالثة : وهي التي يكون المبيع فيها مما لا يمكن اخفاؤه

وادعى المشتري ضياعه أيضاً بعد قبضه بدون بينة تصدقه أو تكذبه فإن فيه اليمين للبائع سواء كان متهما بالكذب أم لا، إلا أنه إذا كان متهماً يحلف بأن المبيع قد ضاع، وما فرط وإن كان غير متهم يحلف بأنه ما فرط، فإن امتنع عن الحلف كان عليه الضمان.

أما إذا كان الخيار للمشتري فقط وادعى ضياع المبيع أو تلفه فإنه يكون ملزماً بدفع الثمن إلى البائع سواء أكان هذا الثمن أقل من قيمة المبيع أو أكثر.

وأما إذا كان الخيار لهما، فإن حكمه يكون كحكم ما إذا كان الخيار للبائع تغليباً له لأنه المالك. وفي حالة ما إذا لم يكن المشتري قد تسلم المبيع وادعى البائع أنه ضاع فإنه يكون ملزماً برد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه وإلا فلا شيء له[1].

ج - الشافعية:

يقولون بأن الخيار إن كان للبائع أولأجنبي عنه ففي هذه الحالة لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري، وإن كان الخيار للمشتري أو لأجنبي عنه فملك البيع للمشتري وملك الثمن للبائع، وإن كان الخيار لهما أو لأجنبي عنهما فالملك في المبيع والثمن موقوف، فإن تم البيع ظهر أن ملك المبيع للمشتري وملك الثمن للبائع من حين العقد. وإن فسخ البيع اعتبر العقد كان لم يكن وعلى ذلك لم يخرج المبيع ولم يخرج الثمن عن ملك المشتري[2].

---

(١) حاشية الدسوقي: ج٣/٩٣-٩٤.

(٢) تحفة المحتاج بهامش هوامش الشرواني: ج٤/٣٤٧.

د - الحنابلة:

يقولون بأن الملك في البيع زمن الخيارين -الشرط والمجلس- ينتقل إلى المشتري سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما بائعاً كان أو مشترياً، وهذا هو الرأي الأول عندهم، فإذا تلف المبيع في زمن الخيارين أو نقصت قيمته بعيب فلا يخلو إما أن يكون قد بيع بكيل أو وزن أو عدد أو ذراع أولا، فإن كان البيع مما يكال فإن ضمانه يكون على المشتري إذا قبضه واستلمه لأن الملك قد انتقل إليه ثم تسلمه وأصبح في حيازته وتحت يده وعلى ذلك فإنه يكون مسئولاً عنه، أما إذا لم يقبضه ولم يتسلمه من البائع فإن ضمانه يكون على البائع لأنه تحت يده ومسئوليته. أما إذا كان المبيع مما لا يكال فإن ضمانه يكون على المشتري في حالتين فقط هما أن يقوم المشتري باستلام المبيع وقبضه بالفعل، والحالة الثانية: ألا يتسلمه المشتري، ولكن لم يمنعه البائع من استلامه وقبضه، وأما إذا منعه البائع من استلامه فإن البائع في هذه الحالة يكون مسئولاً عنه، وإذا تلف المبيع في يد المشتري فإن خياره يبطل ويكون ملزماً بدفع ثمن المبيع للبائع، لأنه قد استقر في ذمته بتلفه في يده، وأما إن تلف المبيع قبل القبض وكان مكيلاً ونحوه بطل البيع وبطل معه الخيار وإن كان بعده أو فيما عدا المكيل ونحوه بطل أيضاً خيارهما.

وأما إن تلف المبيع بآفة سماوية قبل قبضه فهو من مال البائع وينفسخ العقد في هذه الحالة فيما تلف، ويكون للمشتري الخيار في الباقي، فإما أن يأخذه بقسطه من الثمن، وإما أن يرده إلى البائع.

وأما إن أتلف المبيع غير المشتري -البائع أو غيره- فإن المشتري مخير في هذه الحالة بين فسخ البيع واسترداد الثمن من البائع، وللبائع في هذه الحالة أن يطالب المتلف ببدله. وللمشتري ألا يفسخ البيع بأن يمضيه وينقد الثمن للبائع، وله في هذه الحالة أن يطالب المتلف بمثله إن كان مثلياً وإلا فبقيمته.

وأما عدا المكيل ونحوه إن تلف فمن ضمان المشتري سواء تمكن من قبضه أو لا إذا لم يمنعه البائع من تسلمه.

ويترتب على انتقال الملك إلى المشتري آثار الملك فيكون ملزماً بحفظ المبيع وبمئونة الحيوان الذي ابتاعه مثلاً.

وكما ينتقل الملك في المبيع إلى المشتري، فكذلك ينتقل الملك في الثمن إلى البائع[1].

وأما الرأي الثاني عن الحنابلة: إن ملك المبيع لا ينتقل إلى المشتري إلا بعد انقضاء مدة الخيار، لأنه عقد قاصر لا يفيد حرية التصرف في المبيع فلم ينتقل الملك كالهبة قبل القبض.

وأما من ناحية مسالة التصرف في المبيع، فللحنابلة رأيان:

الرأي الأول: أن المبيع لا يجوز التصرف فيه في مدة الخيار، لأنه ليس ملكاً للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه علاقته فيتصرف فيه

(١) الاقناع: ج٢/٨٧ ومابعدها.

المشتري، فإن تصرف في هذا المبيع أثناء هذه المدة لم ينفذ تصرفهما.

الرأي الثاني: إن تصرف المشتري في البيع يعتبر موقوفاً، إن قام البائع بفسخ البيع بطل تصرفه، وإن لم يفسخ البيع صح تصرفه لعدم المبطل له، ذكرها ابن أبي موسى، أما إن كان الخيار للمشتري وحده فإن تصرفه يصح، لأن ملكه تام في هذه الحالة ، ولذا فإن تصرفه في المبيع يكون جائزاً.

وإن مات أحدهما -البائع أو المشتري- بطل خياره، ولم يورث لورثته لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة.

وإن جن أو أغمي عليه، فإن وليه يقوم مقامه لأن اختياره في هذه الحالة متعذر مع بقاء ملكه. والأخرس الذي لا تفهم إشارته كالمجنون، وأما إن فهمت إشارته فإن الإشارة تقوم مقام لفظه.

وإن مات في خيار المجلس فإن خياره يبطل، وأما خيار المتعاقد الآخر ففيه وجهان عندهم:

الأول : يبطل خياره لأن الموت أعظم التفرق.

الثاني : لا يبطل ، لأن الفرقة بالأبدان لم تحدث.

خيار الرؤية (بيع الغائب)

يجب أن يبين أحكام هذا البيع في كل مذهب من مذاهبنا حتى يتسنى لنا الوقوف على حقيقة هذا البيع في كل منهما.

أ - الحنفية: أن بيع الغائب الذي لم يره المتعاقدان جائز سواء كان موجوداً بمجلس العقد، ولم يرياه أو لم يكن موجوداً ، ولكن صحة هذا البيع وجوازه مشروطة بشرطين عندهم هما:

أ - أن يكون المبيع ملكاً للبائع.

ب - وأن يبينه بما يرفع الجهالة الفاحشة عنه.

فإذا كان المبيع موجوداً بمجلس البيع ولكنه مستتر عن نظر المشتري، يجب بيانه بالإشارة إليه.

وأما إن كان المبيع غائباً عن المجلس، فإنه يجب على البائع أن يبينه، إما بإشارة إلى مكانه أو بوصفه أو بذكر قدره وجنسه وصفته.

وعلى ذلك، فإن بيع الغائب المملوك للبائع قد يكون صحيحاً إذا بينه بما يرفع الجهالة الفاحشة، هذا ولا يؤثر في صحة هذا البيع الجهالة اليسيرة لأنها ترتفع بخيار الرؤية.

فخيار الرؤية حق من حقوق المشتري الثابتة عند الحنفية دون الحاجة إلى اشتراطه في العقد، فللمشتري الخيار في إتمام البيع

وإمضائه، أو رد المبيع عند رؤيته، ولا عبرة برضا البائع أو عدم رضائه، لأن خيار الرؤية ثابت عندهم شرعاً لا شرطاً، كما أنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولكن لا يجوز رد المبيع إلا بعلم البائع.

أما إذا باع شخص شيئاً لآخر ولم يره المشتري، ولم يوصف له، فإن هذا البيع يكون بيعاً فاسداً على الصحيح وهو المعتمد عندهم.

وأما إذا ورث شخص عينا وباعها قبل أن يراها، فإنه لا خيار له، لأن البائع لا يكون له الخيار في بيع ما لم يره بالإجماع السكوتي لأنه وقع الحكم به في محضر من الصحابة ولم يرد عن واحد منهم خلافه.

وخيار الرؤية لا يثبت إلا في الأعيان اللازم تعيينها بحيث لا يكون ديناً في الذمة، كما إذا اشتري مائة طن من الأرز أو الشعير أو القمح غائباً عنه على أن يتسلمه من البائع.

هذا بخلاف ما إذا اشترى هذا المقدار على أن يكون ديناً في ذمة البائع فإنه في هذه الحالة لا يكون له خيار الرؤية، لأنه يكون مسلماً فيه والمسلم فيه ليس فيه خيار الرؤية، وهذا بخلاف رأس مال السلم(الثمن) فإنه إذا كان الثمن عيناً فإنه يثبت فيه خيار الرؤية للمسلم إليه (البائع). أما إذا كان الثمن من المسلم دراهم أو دنانير وهي الأثمان الخالصة، فلا يثبت فيها خيار الرؤية[1].

---

(١) المبسوط :ج١٣/٦٩.

وعلى ذلك فخيار الرؤية جائز عن الحنفية، لأن الجهالة بعدم رؤية المبيع لا تفضى إلى المنازعة والخصام، لأن البيع إذا لم يوافقه عندما يراه فإن له رده كما أن للمشتري أن يرد البيع عند رؤيته له حتى ولو قال للبائع أنه رضى به قبل أن يراه لأن ثبوت الخيار له معلق في النص بالرؤية حيث قال عليه الصلاة والسلام: «فهو بالخيار إذا رآه» والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لايتحقق قبل الثبوت.

وللمشتري أيضاً أن يفسخ البيع قبل الرؤية لأن البيع غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع، فلم يقع منعقداً[1].

هذا ولا يتأقت خيار الرؤية بوقت، بل يظل إلى أن يوجد ما يبطله على الأصح، وقيل خيار الرؤية يؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، فإذا رآه ولم يفسخ البيع سقط خياره، لأنه خيار متعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالبيع.

ويسقط خيار الرؤية بالآتي:

١ - أن يتصرف في المبيع تصرفاً يوجب حقاً للغير كرهنه للمبيع أو إجارته له، فإن هذا التصرف مسقط لخياره سواء كان تصرفه هذا قبل رؤية المبيع أو بعده، وهذا لأن التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ البيع، وبعد تنفيذ البيع لايقبل الفسخ والرفع، فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة، كما أن تعلق حق الغير بالمبيع يمنع الفسخ فيبطل الخيار أيضاً.

---

(١) حاشية بن عابدين :ج٤/ ٦٥ ومابعدها.

٢ - أن يتصرف في المبيع تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والهبة من غير تسليم، فإن هذا التصرف لا يبطل الخيار قبل الرؤية. لأنه لا يزيد على صريح الرضا، والرضا الصريح منه قبل الرؤية لا يبطل الخيار، فكذلك هنا. أما إذا كان هذا التصرف بعد رؤيته للمبيع فإنه يكون مسقطاً للخيار لوجود الرضا دلالة.

٣ - رؤية البعض الدالة على الباقي كافية، فإذا رأى بعض المبيع قبل العقد فحصل له بتلك الرؤية العلم بباقي المبيع لا يكون له حق خيار الرؤية، لأنه في هذه الحالة قد اشترى ما رآه، وإنما تكفي رؤية البعض إذا كان البيع متساوي الأجزاء كأن كان مكيلاً أو موزوناً، فإذا رأى المشتري عينة من القمح أو نموذجاً منه مثلاً، واشترى بناء على هذه العينة لم يكن له خيار الرؤية. إلا إذا كان الباقي أردأ من العينة، فإنه في هذه الحالة إن كانت الرداءة قد وصلت إلى حد العيب كان الرد بخيار العيب وخيار الرؤية معاً، وإن كانت لم تصل إلى ذلك بأن كان الباقي أقل جودة من العينة فقط، كان له في هذه الحالة حق الرد بخيار الرؤية وعلى ذلك فإنه يكفي رؤية وجه الصبرة (الكومة) من القمح والشعير والبن والعدس وكل مكيل متساوي الأجزاء، لأنه يعرض بالنموذج ، وأما إذا كانت أجزاؤه مختلفة كالخلطة وهي خليط من الموز والجوز والبندق والخروب ونحو ذلك، فإن رؤية ظاهرها لا تكفي.

وأما إذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلابد من رؤية كل واحد منهما بمعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد، فمثلاً يكفي رؤية ضرع البقرة والجاموسة، رذا كان الغرض من شرائها الحصول على ألبانها، وجثها باليد إذا كان الغرض من شرائها الحصول على نسلها أو

أكلها[1].

٤ - إذا هلك المبيع أو بعضه أو تعيب عنده أو صار إلى حال لا يمكنه معها فسخ العقد، فإن خياره يكون باطلاً.

٥ - أن يقبض المبيع ويدفع الثمن للبائع بعد رؤيته فإن خياره يسقط في هذه الحالة أيضاً.

٦ - لو رأى المشتري المبيع قبل شرائه له، ثم اشتراه بالفعل، فإنه لا خيار له، إلا أن يكون المبيع قد تغير عن الحالة التي رآه عليها، فإن ادعى المشتري التغير، فالقول قول البائع مع يمينه لأنه منكر لهذا التغير، وعلى المشتري إقامة البينة على ما يدعي، هذا إذا كانت هذه المدة قريبة بحيث يعلم منها أن المبيع لن يتغير في مثلها عادة، وأما إذا كانت المدة بعيدة ، فالقول قول المشتري في هذه الحالة[2]

٧ - إذا اشترى شخص بضاعة ثم وكل وكيلاً عنه في قبض المبيع، فرآه الوكيل واستلمه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك، أما إذا أرسل رسولاً يتسلمها، فالمشتري يظل على خياره إذا رأى المبيع، لأن رؤية الرسول لا تلزمه ولا تسقط خياره في قول أبي حنيفة، وقال الصاحبان أن للموكل الخيار عند رؤيته للمبيع لأن الرسول والوكيل في ذلك سواء.

---

(١) حاشية بن عابدين :ج٤/ ٦٥ وما بعدها.

(٢) حاشية بن عابدين -المرجع السابق- ص٦٥ ، ٦٧.

وأما اختلاف البائع والمشتري في صفة المبيع، وذلك بأن قال المشتري لم أجد المبيع على الحالة التي رأيت بها العينة، وقال البائع أن المبيع على صفة العينة، فلا يخلو إما أن تكون العينة موجودة عند البائع، وإما أن تكون غير موجودة لأي سبب من الأسباب كضياعها أو تلفها أو استهلاكها مثلاً، فإن كانت العينة موجودة، فإنها تعرض على أهل الخبرة فيتضح حالها حينئذ، أما لو كانت غير موجودة ثم أحضر له البائع العينة وادعى أنها هي، وأنكر المشتري ذلك، أو إذا هلكت العينة ثم أحضر له الباقي وادعى المشتري كذلك أنه ليس على الصفة التي رأى بها العينة فالقول قول المشتري في هذه الحالة لأنه منكر ضمناً كون ذلك هو المبيع[1].

ب - المالكية:

يقولون أن بيع السلع(البضاعة) الغائبة والتي لم يرها المشتري، إما أن تكون غائبة عن نظر المشتري، فلم يرها، ولكنها حاضرة موجودة في مجلس العقد، كالقمح في أجولته، ففي هذه الحالة لا يجوز البيع إلا إذا رأي للمشتري البضاعة، هذا إذا لم يكن فتحها ضرر وفساد لها.

وإما أن تكون غائبة عن مجلس العقد، وسواء كانت هذه البضاعة داخل البلد أو خارجها، أمكن إحضارها بسهولة ويسر أم لا، في هذه الحالة يجوز بيعها بدون رؤية عندهم بشرط أن توصف هذه السلع بما يبين نوعها أو جنسها.

(١) حاشية ابن عابدين: ج٤/ ٦٧.

فالمالكية يجيزون بيع الغائب حتى ولو لم يشترط الخيارعند الرؤية بشرط أن توصف له، فإن باع سلعة أو بضاعة بيعاً باتاً بدون أن يراها المشتري وبدون أن توصف له من غير البائع أو من البائع على المعتمد، فإن البيع يقع فاسداً، أما إذا وصفت البضاعة له فإن البيع يقع صحيحاً، ولا يكون له الخيار عند رؤيتها إلا إذا كانت معيبة أو كانت على غير الصفة التي اشتراها عليها.

أما إذا باع البضاعة بشرط أن يكون للمشتري الخيار ولم يصفها صح البيع، وكان للمشتري الخيار عند رؤيتها بقبولها أو ردها، لأنه لا يجب عند مالك خيار الرؤية في بيع الغائب إلا لمن اشترطه، كذلك يجوز عندهم بيع السلعة (البضاعة) بعد وصفها مع اشتراط الخيار أو بيعها بدون وصفها مع اشتراط الخيار، أو بيعها -أي السلع- بناءً على رؤيتها من المشتري سلفاً، سواء كان البيع باتاً أو على الخيار ولا يشترط في هذه الصور أن تكون البضاعة غائبة عن مجلس العقد، بل يجوز بيعها حتى ولو كانت حاضرة في مجلس العقد بالبلد، ولكن يشترط فيما يباع بناء على رؤية سابقة شرطان هما: عدم تغير المبيع بعد هذه الرؤية، وأن لا يكون المبيع في بلدة بعيدة، وهذان الشرطان إذا كان البيع باتاً ولازماً، أما إذا كان على الخيار فلا يشترط فيه شيئاً بل يجوز عندهم حتى ولو كان هذا المبيع في بلدة بعيدة[1].

ولا يجوز عند المالكية تعجيل الثمن في بيع الغائب، إلا أن تكون الغيبة يسيرة -وذلك بأن تكون السلع المبيعة في بلدة لا تبعد عن مكان العقد إلا مسيرة يوم أو يومين -أو أن تكون السلع مأمونة وبيان

(١) حاشية الدسوقي :ج٣/ ٢٢.

ذلك عندهم أن يظل مع المشتري ثمن السلع التي ابتاعها، فإن وجد المبيع (السلع) سالماً على تلك الصفة لزمه المبيع ولا خيار له، ويجب عليه في هذه الحالة أن يدفع ثمنها إلى البائع، وإن وجدها على غير تلك الصفة فالمشتري بالخيار في هذه الحالة إن شاء أجاز البيع وإن شاء لم يجزه ورد البيع.

وإن هلكت البضاعة الغائبة المبيعة على الصفة قبل أن يتسلمها المشتري، فإن هلاكها على البائع إلا أن يشترط البائع هلاكها على المشتري في هذه الحالة، فإنه يجوز.

وقيل إن هلاكها على المشتري اشترط ذلك البائع أو لم يشترطه إلا أن يشترط المشتري على البائع أن هلاكها عليه حتى يتسلمها منه أو يتسلمها رسوله وكلا القولين لمالك والقول الأول أولى عند أكثر أهل العلم.

وقال مالك أيضاً أن حبس البائع البضاعة عن المشتري حتى يدفع ثمنها وهلكت، فإن ضمانها من البائع، وإن لم يمنعه من تسلمها وتركها عنده المشتري، ويجوز عندهم بيع البضاعة بناء على وصفه في البرنامج والبرنامج هو دفتر التجار الذي يسجل فيه أوصاف البضاعة المبيعة، ويلزم المشتري بالبضاعة (المبيع) إذا وجد المبيع الموصوف من ذلك على ما وصف، وإن خالف ما وصف كان المشترى بالخيار في قبوله ورده.

ويعتبر المبيع مرئياً برؤية بعضه إن كان مثلياً أي مكيلاً كالأرز أو موزوناً كالقطن والحرير أو معدوداً كالبيض، أما غير المثلي وهو الذي

يقوم بلا كيل أو وزن أو عدّ فإن رؤية بعضه لا تكفي على ظاهر المذهب، فإذا باع قمحاً أو أرزاً رأى المشتري بعضه(عينة) فإن البيع يصح ومثل رؤية العينة سماع ماكتب من وصفها في البرنامج، فإن وجد فيه خلافاً يسيراً أو كان الصنف واحداً وأشبه بعض ذلك بعضاً، إلا أن الأول، أجود لأنه وجه الشيء فالبيع لازم للمشتري، وإن جاء بخلاف الصفة وتغير كثيراً كان له الرد.

ولا يجوز بيع الثياب إذا كانت مطوية حتى تفتح ويظهر ما بداخلها ، وينظر إليه ويقلب داخله وظاهره، ويعرف طوله وعرضه، فإذا نظر إلى بعضه واشتراه على آخره على صفة ما رأى منه جاز[1].

ج - الشافعية:

الرأي الأول : وهو الراجح عندهم: أنه لا يجوز بيع الغائب وهو الذي لم يره المتعاقدان أو أحدهما، وسواء كان المبيع غائباً عن مجلس البيع أو موجوداً به، ولكنه مستتر لم يظهر لهما، حتى ولو بولغ في وصفه بالصفات التي تبين جنسه، لأنه طالما ان المبيع كان غائباً عن رؤيتهما، فإن بيعه لا يجوز بأي حال وهذا الرأي هو الأظهر عندهم.

الرأي الثاني: أنه يجوز بيع الغائب إن علم جنسه ونوعه بوصف يوضحه ويبينه بأن قال بعتك الثوب المروي الذي في كمي، وهو ما قال به الأئمة الثلاثة، ويثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع إن شاء أجازه وإن شاء رده.

(١) الكافي للقرطبي المالكي -المرجع السابق - ج٢/ ٦٧٨ ومابعدها.

وللمشتري أن يفسخ العقد قبل رؤية المبيع، ولكن ليس من حقه إجازة العقد قبل رؤيته للمبيع، ورؤية المبيع عندهم تكفي عن شمه وذوقه فيما يذاق ويشم كالعسل والفاكهة، فإن بيعها يجوز من غير ذوق وشم اكتفاء برؤيتها، فإذا وجد بها عيباً كان له الخيار في ردها أو امساكها، ولا يشترط في رؤية المبيع أن تكون حاصلة قبل العقد بل تكفي رؤيته قبل العقد بشرط أن يكون المبيع مما يبقى على حاله فلا يتغير عند العقد كبيع الطوب والحديد والنحاس والألمنيوم ونحو ذلك مما لا يتغير، وعلى ذلك فإذا رأى المشتري المبيع ثم مضت مدة وبعد ذلك قام بشرائه من غير أن يراه مرة أخرى فإنه يجوز بشرط أن يكون ذاكراً حال العقد لأوصافه التي رآها، أما إذا كان المبيع مما لا يبقى على حاله كالطعام والفاكهة الذي يسرع إليها الفساد، فإنه إذا رأى المبيع، ثم أراد أن يشتريه بعد مضي مدة يتغير فيها المبيع غالباً فإنه لا يجوز[1].

وكذلك لا يشترط رؤية جميع المبيع إن كانت رؤية بعضه تكفي وتدل على باقي المبيع وهذا هو ما يعرف بالشراء على العينة ويسميه الفقهاء بالأنموذج.

ويشترط في صحة البيع على العينة أن يكون المبيع متساوي الأجزاء وأن يقول البائع للمشتري بعتك الأرز أو الشعير الذي عندي مثلاً مع العينة، فلو أعطى له العينة من غير بيع وباعه ماعنده دونها لم يجز، لأن المشتري لم ير شيئاً من المبيع، وكذلك إذا باعه العينة وحدها وباعه ماعنده وحده فإنه لا يجوز لأن المشتري في هذه الحالة يكون قد اشترى ما لم يره لا جميعه ولا بعضه.

---

(١) نهاية المحتاج: ج٣/ ٤١٥ ومابعدها.

وإذا كان المبيع مغطى بقشرة تستر ما ينتفع به فإن له أحوالاً:

الحالة الأولى :

أن يكون له قشرتان طبيعيتان قشرة تلاصق جسمه الذي يؤكل وينتفع به، وقشرة فوقها ، وذلك كالبندق واللوز والقصب، ففي هذه الحالة إذا كانت القشرة التي من فوق تستر القشرة التي تليها كلها فإن المبيع حينئذ لا يكون مرئياً إنما إذا كان القشرة التي من فوق لا تستر التي تليها كلها كالقصب فإن القشرة العليا لا تستر كعوبه كلها، فإنه يكون مرئياً لأن رؤية البعض تدل على رؤية الباقي، ويكتفى برؤية القشرة التي تلاصق الجسم كلها أو بعضها بشرط أن تكون القشرة حافظة لبقائه بحيث لو نزعت لم يمكن ادخاره.

أما إذا كانت قشرته لم تنعقد كالفول الأخضر، فإنه يكتفى برؤية القشرة العليا لأن القشرة التي لم تنعقد تؤكل مع الجسم فكأن له قشرة واحدة.

الحالة الثانية:

أن يكون له قشرة طبيعية، ولكن لا يتوقف عليها صيانته وبقاؤه كالدرفي صدفه فإن ادخاره وحفظه لا يتوقف على وجوده في الصدف والمسك في فأرته فإن مثل ذلك لا يصح بيعه، إلا إذا أخرج من قشره.

الحالة الثالثة:

أن تكون له قشرة غير خلقية -أي صناعية- وتحت ذلك له

صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون ما في داخل القشرة مقصوداً لذاته كالقطن في المراتب والألحفة، فإنه قد يقصد شراؤه بدون قشرته -أي قماش اللحاف والمرتبة الخارجي- وحكم هذه الصورة أنه لابد من رؤية المشتري للمبيع كله أو بعضه على الراجح. وتردد الأذرعي في إلحاق الفرش واللحف بما مر.

الصورة الثانية: ألا يكون ما في داخل القشرة مقصوداً لذاته كالجبة المبطنة من الداخل بالقطن ونحوه، وفي هذه الصورة لا يلزم رؤية حشوها لأنه ليس مقصوداً بالشراء، وتعتبر رؤية كل شيء على ما مر على ما يليق به عرفاً[1].

د - الحنابلة:

الرواية الأولى: لا يجوز بيع الأعيان من غير رؤيتها أو وصفها بما يؤدي إلى معرفة المبيع، لأن بيع الغائب مجهول عند العاقد، فلا يجوز بيعه فعلى هذا يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب.

الرواية الثانية: يجوز بيع الأعيان من غير رؤيتها، أو وصفها، لأن البيع عقد معاوضة فأشبه بالنكاح، ولا خيار له في هذه الحالة لأنه عقد معاوضة، وعقد المعاوضة يصح مع الغيبة فأشبه النكاح، وهناك رواية ثالثة تقول بثبوت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع، فإما أن يفسخ البيع وإما أن يمضيه، واستدلت بقوله صلى الله عليه وسلم: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه» ويكون خياره على الفور وقيل:

(1) نهاية المحتاج: ج٣/ ٤١٨ إلى ٤٢١.

لا يكون الخيار على الفور وإنما يتقيد بمجلس البيع».

أما إن اختار المشتري إمضاء البيع قبل رؤية المبيع فإن ذلك لايجوز لأنه يؤدي إلى التزام العقد في مجهول الصفة، كما أن التزام العقد متعلق بالرؤية، ولكن إن اختار المشتري فسخ البيع قبل رؤية المبيع، فإن البيع ينفسخ، لأن الفسخ يصح في مجهول الصفة.

ويلزم لصحة البيع عندهم تحقق الرؤية للمبيع من المتبايعين، لأن الرضا معتبر منهما، وعلى ذلك تعتبر الرؤية التي هي مظنة للرضا منهما جميعاً[1].

هل يشترط رؤية المبيع عند العقد أم تكفي رؤيته قبل العقد؟

إن رأيا المبيع قبل العقد، ثم عقد البيع بعد ذلك بمدة لا يتغير المبيع فيها، فإن البيع جائز عندهم في صحيح المذهب، وروى عنه أيضاً أنه لا يصح لأن ما كان شرطاً يعتبر وجوده حال العقد كالشهادة في النكاح، ولكن شيخ الإسلام أبي محمد موفق رجح الرأي الأول فقال أن البيع معلوم عند المتبايعين فأشبه ما لو شاهداه حال العقد، والشرط العلم وهو مقارن للعقد. ثم إن وجد المشتري المبيع لم يتغير لزم البيع، وإن وجد المشتري أن المبيع قد تغير فإن له الخيار.

وإن اختلفا في التغيير، فالقول قول المشتري، لأنه ملزم بدفع الثمن للبائع، ولذا فإنه لا يلزمه إلا ما اعترف به.

(١) الكافي لابن قدامه -المرجع السابق- ص١٢.

وأما إن رأى المبيع قبل العقد، ثم عـقد البيع بعد ذلك بمدة يفسد فيها المبيع ظاهراً، فإن البيع لا يكون جائزاً لأنه غير معلوم.

وأما إن رآه قبل العقد، ثم عقد البـيع بعد ذلك بمدة يحتمل فيها فساد المبيع ويحتـمل فيها عدم فساده، ولكن لم يظهر الـتغير في المبيع، فإن البيع يكون صحيحاً لأن الأصل سلامة المبيع[1].

وأما بيع الغائب الصفة فللحنابلة رأيان في هذا البيع:

الرأي الأول:

أجاز بيع الغائب بالصفة إذا ذكر أوصاف السلم، وهي الأوصاف التي يحصل بها معرفة المبيع، وذلك كأن يقول بعتك جملاً أبيضاً سميناً قـادراً على حمل كـذا إلى آخر صـفاتـه، وهذا النوع في حكم السلم، وليس سلمـاً لأنه غيـر مؤجل، لأنـه لما عدمت مـشاهدة المبـيع، وجب استـقصـاء صفاته، فـإذا وجد المشتـري أن المبيع مـتحقق فـيه الصـفات المذكورة في العقد، لزمه البيع في هذه الحالة، وإن وجد على خلاف ما اتفق عليـه، فإن له فـسخ البـيع، فإن اخـتلفا فـي التغـير فـالقول قـول المشتري لأن الثمن يلزمه، فلا يلزمه إلا ما اعترف به، وهذا هو صحيح المذهب.

الرأي الثاني:

روي عن الإمام أحـمد عـدم جواز بيع الغـائب بالصفـة، لأنه لا

(١) الكافي لابن قدامه -المرجع السابق- ص١٣.

يمكن استقصاؤها فالراجح هو الرأي الأول، لأنه مبيع معلوم بالصفة فجاز بيعه كالمسلم فيه وبيع الأعمى وشراؤه بالصفة، كبيع البصير بها، فإن عدمت الصفة، وأمكنه معرفة المبيع بذوق أو شم صح بيعه وإلا لم يجز لأنه مجهول في حقه.

أما بيع الأنموذج (العينة):

فإذا كان المبيع مما لا تختلف أجزاؤه كصبرة من الطعام أو زق من الزيت، فإنه يكتفى برؤية بعضه لأنها تزيل الجهالة لتساوي أجزائه، ولأن رؤية جميع المبيع متعذرة فاكتفى ببعضه طالما أنه يكون دالاً على الباقي، كما إذا رأى ظاهر ثوب غير منقوش، فإن رؤية ظاهره تدل على باقيه، وأيضاً إذا كان المبيع مما تشق رؤيته كالذي مأكوله في جوفه، يكتفى برؤية ظاهره لذلك، والحب في سنبله، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحب حتى يشتد. فمفهومه جواز بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره والحب في سنبله، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحب حتى يشتد، فمفهومه جواز بيع المشتد ولأنه مستور بما خلق فيه فجاز بيعه، كالذي مأكوله في جوفه، ولأن قشره الأعلى في مصلحته، لأنه يحفظ رطوبته، وادخار الحب في سنبله أبقى له، فجاز بيعه فيه كالأرز والشعير وما لا تشق رؤية جميعه. ويكتفى بالرؤية فيما لا تتساوى أجزاؤه كالثوب والقطيع من الغنم لأن الضرر منتفي بالمشاهدة فاكتفى بها[1].

هـ - الظاهرية:

يقولون بجواز بيع الغائب وجواز النقد فيه -أي دفع الثمن حالاً-

(١) الكافي - المرجع السابق- ص١٣، ١٤، ١٥.

ولزوم البيع إذا وجد على الصفة التي وقع عليها بلا خيار في ذلك[1].

وعلى ذلك نستطيع أن نلخص حقيقة بيع الغائب فيما يأتي:

فالشافعي في قوله الجديد وهو المشهور عند أصحابه يرى بأن بيع الغائب غير جائز وصف هذا المبيع أو لم يوصف.

وأما الحنفية: فيقولن بجواز بيع الغائب، يثبت للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية شرعاً لا شرطاً، أي أنه يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد.

وأما المالكية: فإنهم يقولون بان المبيع إذا كان غائباً عن مجلس العقد، أو كان حاضراً، ولكن في رؤيته مشقة جاز بيعه على الصفة بأن يوصف وصفاً يميزه عن غيره ويفرده بذاتيته، فإذا بيع المبيع على هذا النحو، انعقد البيع نافذاً أن طابق الوصف، وإلا فللمشتري الخيار، ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج بأن تذكر أوصاف البيع في دفتر مكتوب فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف، فإن وجدت بالمبيع لزم البيع وإلا كان للمشتري الخيار. ويغني عن الوصف رؤية متقدمة بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى المبيع قبل البيع وظل المبيع على حالته ولم يتغير وقت المبيع. فإذا لم يسبق للمشتري رؤية المبيع ولم يوصف له، لم يجز البيع إلا إذا اشترط لنفسه الخيار عند رؤية المبيع، أي أن الخيار لا يثبت عند المالكية إلا باشتراطه.

---

(1) المحلى لابن حزم: ٨/ ٣٣٧.

وأما الحنابلة: فإن الظاهر عندهم أن المبيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، ويجب حتى يصح العقد. إما رؤية المبيع، وإما سبق الرؤية بزمن لا يتغير فيه المبيع، وإما وصف المبيع بحيث يذكر من صفاته بما يكفي في صحة السلم، فإن وقع البيع على هذا النحو كان بيعاً صحيحاً لازماً، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه، لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير ما وصف كان للمشتري خيار الخلف في الوصف.

وأما الظاهرية:

فإنهم يقولون بجواز بيع الغائب ولزومه، إذا وجد على الصفة التي وقع عليها البيع بلا خيار، ومن ثم، يتضح لنا -أي في بيع الغائب على الصفة أو البرنامج- ثلاثة أقوال:

القول الأول: المنع مطلقاً وصف المبيع أم لا وهو قول الشافعي.

القول الثاني: الجواز ويكون للمشتري الخيار سواء طابق الوصف أم لا ، وهو قول الحنفية.

القول الثالث: الجواز فإن طابق الوصف لزم وإلا فلا وهو قول المالكية والظاهرية والحنابلة في الظاهر عندهم والشافعية في رأي عندهم أيضاً.

الرأي الراجح:

بعد استعراض المذاهب الفقهية المختلفة في بيع الغائب أستطيع أن أقول أن المذهب المالكي هو الأكثر ملائمة لظروف التجارة الدولية المعاصرة، حيث إنه يعطي للمشتري خيار الوصف، فإن وجد أوصاف المبيع متحققة فيه عند استلامه وقبضه لزم البيع، وإن وجده على غير ما وصف كان من حقه أن يرده على بائعه.

خيار العيب:

يجب أن نتعرض لأحكام خيار العيب في الفقه الإسلامي ليتبين لنا الوقوف على مدى التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

أولاً : تعريف العيب الذي يرد به العيب:

فقد عرفه الحنفية، بأنه كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار وإلا فلا[1].

وقد عرفه المالكية: بأنه الشيء الذي جرت العادة بالسلامة منه المنقص للثمن أو المبيع أو التصرف أو يخاف عاقبته[2].

وقد عرفه الشافعية: بأنه وجود كل ما ينقص العين أو القيمة

(١) البدائع: ج٥/ ٢٧٤ . شرح فتح القدير: ج٥/ ١٥٣. حاشية ابن عابدين ج٤/ ٧٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ج٣/ ٩٧.

نقصاً يفوت به غرض صحيح"[1].

وقد عرفه الحنابلة، بأنه النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار الصفة المالية فيما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف التجار[2].

وقد عرفه الظاهرية، بأنه ما حط من الثمن الذي اشترى به أو باع ما لا يتغابن الناس بمثله، لأن هذا هو الغبن لا غبن غيره، وعلى ذلك فالعيب الذي يحق للمشتري رد المبيع به هو الذي تنقص به قيمة المبيع أو يترتب عليه فوات غرض صحيح.

ثانياً : شرط الخيار للمشتري:

لا يثبت الخيار للمشتري إلا بشروط أربعة إجمالاً:

١- أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع.

٢ - أن يكون العيب قديماً.

٣ - أن يكون العيب غير معلوم للمشتري.

٤ - ألا يشترط البائع البراءة من العيب.

وسنقوم بتفصيلها على الوجه الآتي:

---

(١) تحفة المحتاج-المرجع السابق- ص ٣٥٧. نهاية المحتاج: ج٤/ ٣٣.
(٢) المغني والشرح الكبير: ج٤/ ٨٥. الاقناع: ج٢/ ٩٢.

الشرط الأول: أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع:

ولقد أطال فقهاء المذاهب المختلفة في تفاصيل هذا الشرط، فضربوا أمثلة كثيرة للعيوب المختلفة التي يحتمل أن يصاب بها المبيع، ومن هذه الأمثلة اتضح لنا أن العيب المؤثر في قيمة المبيع هو العيب الذي يترتب عليه نقصان في الثمن وفقاً لعرف التجار، سواء كان نقصاناً فاحشاً أو يسيراً، فالعيب الذي يترتب عليه انقاص ثمن البضاعة المبيعة في عرف التجار عيب موجب للخيار[1].

الشرط الثاني: أن يكون العيب قديماً:

وقدم العيب معناه أن يكون موجوداً بالبضاعة قبل تسليمها إلى مشتريها، أما إذا حدث العيب بعد تسليمها، فإن خيار العيب لا يثبت للمشتري في هذه الحالة لأن الخيار يثبت لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة[2].

هذا وقد فصلت المذاهب الفقهية هذا الشرط على النحو الآتي:

أولاً: الحنفية:

أن تعيب البضاعة المبيعة، إما أن تكون قبل قبضها، وإما أن يكون بعده، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل البائع، أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي.

---

(١) البدائع: ج٥/ ٢٧٤.

(٢) البدائع: ج٥/ ٢٧٥.

فإذا لحق العيب بالبضاعة المبيعة قبل قبضها فحكمه على النحو الآتي:

أ - أن يكون العيب قد حدث بآفة سماوية، فللمشتري في هذه الحالة أن يردها مع استرجاعه لكل ثمنها وله ألا يردها بأن يأخذها مع انقاص الثمن بقدر ما لحقها من عيب ، هذا إذا ترتب على العيب نقصان في قدر المبيع. أما إذا ترتب عليه نقصان في الوصف، فإن المشتري بالخيار بين أخذ المبيع بكل الثمن وبين رده على البائع.

ب - أن يكون العيب قد حدث بفعل البائع، فللمشتري في هذه الحالة أن يرده مع أخذ ما دفعه وإن شاء أخذه مع انقاص ثمنه بمقدار ما نقص من المبيع، فهذه الحالة مثل الحالة السابقة فحكمهما واحد.

ج - أن يكون العيب قد حدث بفعل المشتري، ففي هذه الحالة لا خيار للمشتري، ويكون ملزماً بدفع كل الثمن لأنه صار قابضاً بالجناية، أما إذا اكتشف عيباً قديماً بالمبيع حدث عند البائع بغير فعل المشتري فللمشتري في هذه الحالة أن يرده بالعيب القديم ويسقط عنه الثمن، ولكن عليه أن يدفع تعويض ما أحدثه بفعله في المبيع من عيب.

د - أن يكون العيب قد حدث بفعل المبيع، وحكمه حكم العيب الحادث بآفة سماوية.

هـ - أن يكون العيب قد حدث بفعل أجنبي عن المتعاقدين

والمبيع، فللمشتري في هذه الحالة أن يرد المبيع على البائع ويأخذه جميع ثمنه، وللبائع أن يطالب الأجنبي بتعويض ما أحدثه في المبيع من نقص، وللمشتري أن يأخذه بجميع ثمنه مع مطالبة الأجنبي بتعويض ما أحدثه في المبيع من نقص.

وأما إذا لحق العيب بالبضاعة المبيعة بعد قبضها فحكمه على النحو الآتي:

أن يكون العيب قد حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري، ففي هذه الحالات إذا وجد المشتري عيباً قديماً بالمبيع بالإضافة إلى العيب الذي حدث عنده فإنه لا يجوز له أن يرد المبيع على البائع لأن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض، وفي هذه الحالة الشرط غير متحقق لأن المبيع خرج عن ملك البائع وهو معيب بعيب واحد، فإذا قلنا بجواز رده على البائع، فإنه يعود إليه مشوباً بعيبين، فانعدم شرط رده، ولذا فإن رده على البائع يكون غير جائز، ولكن للمشتري أن يطالب البائع بتعويض ما نقص من المبيع بسبب العيب القديم. إلا إذا قبل البائع أن يأخذ المبيع رغم علمه بوجود عيب جديد لحق به، لأنه رضي بالضرر، والرضا إسقاط لحقه.

أما إذا حدث العيب بفعل البائع أو بفعل أجنبي بعد قبض المشتري للمبيع، بالإضافة إلى العيب القديم، فإن المبيع لا يرد على البائع وله أن يطالب كل واحد منهما بتعويض ما أحدثه في المبيع من

نقص بجنايته وفعله على هذا المبيع[1].

ثم أن حصة النقص التي يجب على البائع أن يدفعها للمشتري بسبب العيب اللاحق بالبضاعة هي الفرق بين قيمة البضاعة المبيعة سليمة ومعيبة منسوبة إلى ثمنها مثال ذلك، إذا اشترى بضاعة بخمسين ألف جنيه وقيمتها في الواقع مائة ألف جنيه، ثم وجد بها عيباً ترتب عليه انقاص قيمتها عشرة آلاف من الجنيهات، ففي هذه الحالة تكون قيمة البضاعة قد انخفضت إلى تسعين ألفاً أي أنها نقصت بمقدار العشر، وعلى ذلك يجب انقاص الثمن بمقدار هذا العشر، وهو خمسة آلاف من الجنيهات، ومن المعروف أن من يتولى تقييم البضاعة في الحالتين سليمة ومعيبة خبيران يشهدان بذلك أمام كل من المتعاقدين[2] لقوله تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾.

ثانياً : المالكية :

إن كل عيب يؤدي إلى انقاص ثمن البضاعة «المبيع» ويرغب الناس عنه فالرد واجب للمشتري، وهذا الحكم ينطبق على جميع أنواع البضائع، وأما العيب الذي لا يؤدي إلى اقناص الثمن فلا يرد به إلا الخصى والعمى[3].

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٨٣. شرح فتح القدير: ٥/ ١٥٩.
(٢) شرح فتح القدير: ج٦/ ٣٥٧.
(٣) الكافي: ج٢/ ٧١٢.

ويمتنع رد المبيع في الحالات الآتية:

أ - تلف المبيع أو هلاكه بعد العقد سواء كان في حيازة البائع أو المشتري قبل أن يعلم بالعيب، وساء كان هلاكه أو تلفه باختيار المشتري كذبحه للحيوانات التي اشتراها، أو بغير اختياره كموت الحيوانات المشتراة بجناية أجنبي، أو إذا ماتت حتف أنفها. فإنه إذا وجد بالمبيع عيباً بعد ذلك لا يجوز له أن يرده على بائعه لاستحالة الرد في هذه الحالة، ومثل ذلك ما إذا كان المبيع في حكم التالف، كما إذا اشترى بضاعة وتصدق بها أو وهبها ثم وجد بالمبيع عيباً بعد تصرفه فيه بالصدقة أو الهبة فإنه لا يجوز له أن يرده لأنه حكم التالف.

وفي هذه الحالة، يكون للمشتري الحق في مطالبة البائع بتعويضه عن النقص الحاصل بالمبيع الناتج عن العيب الموجود به. فيقوم المبيع صحيحاً خالياً من العيب ثم يقوم المبيع معيباً. ثم يؤخذ من ثمن المبيع نسبة النقص بين القيمتين -صحيحاً ومعيباً- فإذا كان ثمن المبيع ألفاً من الجنيهات، ثم اكتشف به عيباً أنقص قيمته إلى خمسمائة، فإن للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض بنصف الثمن وهو خمسمائة من الجنيهات[1].

ب - أن يطلع المشتري على عيب بالمبيع، ولكنه يزول قبل رده[2]. وأما إذا حدث عند المشتري عيب من فعله أو من غير فعله، ثم وجد عيباً كان عند البائع فلا يخلو إما أن يكون العيب يسيراً أو

---

(١) حاشية الدسوقي -المرجع السابق- ص١١١.

(٢) الكافي -المرجع السابق- ص٧١٢.

متوسطاً أو كبيراً.

١- فإذا كان العيب الحادث يسيراً لا يؤدي إلى نقصان ثمن البضاعة المبيعة كإصابة الحيوانات المشتراة بحمى خفيفة فإن للمشتري أن يردها على البائع بالعيب القديم، ولا شيءعليه في العيب الحادث، وله أن يمسكها ويأخذ أرش العيب القديم.

٢ - وأما إذا كان العيب الحادث متوسطاً يؤدي إلى نقصان ثمن البضاعة المبيعة، ولكنه ليس بعيب مفسد فإن للمشتري أن يرده بالعيب القديم مع تعويض البائع عن نقصان المبيع للعيب الحادث عنده، وله أن يمسكه ويأخذ أرش العيب القديم.

٣- وأما إذا كان العيب الحادث مخرجاً عن المقصود -أي المخرج عن المنافع المقصودة من البيع، فإن للمشتري أن يرجع على البائع بأرش العيب القديم، وليس له أن يرده عليه وقيل: أن له الخيار أيضاً فله أن يرد المبيع على البائع مع تعويضه عن العيب الحادث، وله أن يمسكه ويرجع على البائع لتعويضه عن العيب القديم.

والحكمة من تخيير المشتري في الرد وعدمه عندهم لأنه هو المالك للمبيع[1].

ثالثاً : الشافعية:

إذا اشترى أحد الأشخاص بضاعة فوجدها معيبة ، فإن له أن

(١) الكافي :ج٢/ ٧١٥

يردها على البائع بشرط أن يكون العيب موجوداً بها قبل استلامها ووضعها تحت سيطرته وحيازته، سواء حدث هذا العيب قبل عقد البيع أو حدث بعده وقبل أن يستلمها المشتري[1].

أما إذا لحق بالمبيع عيب بعد قبضه فلا خيار للمشتري في هذه الحالة، لأن ضمانه بعد استلامه عليه لا على البائع[2].

وأما إذا تعيب المبيع وهو في حيازة المشتري بعيب لم يتقدم سببه وهو في حيازة البائع ، ثم وجد به عيباً قديماً لحق به عند البائع، فإن رد المبيع على البائع لا يجوز لأن الرد يسقط قهراً إلا إذا رضي البائع بذلك، وقد علل الشافعية ذلك بقولهم أن المشتري قد أخذ المبيع معاباً بعيب واحد. فلا يجوز له أن يرده معاباً بعيبين، فالضرر لا يزال بالضرر، وعلى ذلك لو برأ المبيع من العيب الحادث، فإن له الخيار في رد المبيع بالعيب القديم.

ومع ذلك، إذا رضي البائع بأخذ المبيع من غير تعويض (ارش) من المشتري عن العيب الحادث، رده المشتري عليه. كذلك إذا رضي المشتري بالمبيع رغم تعيّبه بعيب قديم عند البائع، ولم يطالبه بتعويض عن هذا العيب كان له ذلك، أي أن حل هذه القضية مرهون باتفاقهما على كيفية حلها.

وإذا لم يوافق البائع على قبول المبيع معيباً، فللمشتري أن يعوضه

---

(١) تحفة المحتاج -المرجع السابق- ص٣٥١.

(٢) تحفة المحتاج: ص٣٥٨.

عن العيب الحادث ويرده عليه أو يعوض البائع المشتري عن العيب القديم، ولا يرده عليه. وإن لم يتفقا على أي وجه من هذه الوجوه بأن طلب المشتري رد المبيع مع أرش العيب الحادث، وطلب البائع عدم رد المبيع عليه مع دفعه أرش العيب القديم، فالرأي الراجح عند الشافعية اجابة من طلب امساك المبيع والرجوع بأرش العيب القديم بائعاً كان أم مشترياً لما يترتب على ذلك من استقرار للمعاملات وتثبيت للعقود.

وهناك رأي ثان عندهم، يقول بإجابة المشتري إلى طلبه مطلقاً لتدليس البائع عليه.

وهناك رأي ثالث، يقول بإجابة البائع إلى طلبه مطلقاً لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه بخلاف المشتري.

هذا، ويجب على المشتري أن يقوم بابلاغ البائع على الفور بالعيب الحادث مع القديم ليختار وجها من الوجوه السابقة لحل هذه القضية، فإذا تأخر المشتري في ذلك بلا عذر فلا يجوز له رد المبيع كما لا يجوز له أن يطالب البائع بتعويضه عن العيب القديم.

ويجب التنويه إلى أن الشافعية يقولون بوجوب رد المبيع بالعيب القديم فوراً إذا لم يحلق به عيب حادث فإذا ادعى المشتري جهله بوجوب ذلك قبل منه لأنه أمر لا يعرفه إلا الخواص، كما قاله الأذرعي[1].

---

(١) نهاية المحتاج: ج٤/٥٦.

رابعاً : الحنابلة :

إذا كانت البضاعة مصابة بعيب خفي لم يعلمه المشتري، فإن له الخيار بين ردها على البائع وأخذ الثمن كاملاً أو إمساكها مع مطالبة البائع بالأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن، سواء حدث هذا العيب عند العقد أو بعده بشرط أن يكون قبل استلام المشتري لهذا المبيع، وسواء كان البائع عالماً بهذا العيب أم لا[1].

وإذا رد المشتري المبيع بعيب كان عليه نفقة الرد، وعلى البائع أن يرد ثمن المبيع، للمشتري ألا يرد المبيع بعد اطلاعه على العيب ويأخذ قيمة النقص الحاصل في المبيع بسبب العيب ولو لم يتعذر رد المبيع باتلافه أو بأكله أو غير ذلك لأن المتعاقدين قد اتفقا على أن يكون المبيع في مقابل الثمن فكل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن، فإذا نقص المبيع جزءاً لتعييه أدى ذلك إلى نقص جزء من الثمن في مقابلة هذا العيب ، فللمشتري الحق في ذلك سواء رضي البائع أو لم يرض[2] هذا ولا يجوز للمشتري أن يفسخ البيع بعيب يسير وجده في المبيع كحمى يسيره في الحيوانات، أو أتربة بسيطة في القمح[3].

أما إذا حدث بالمبيع عيب عند المشتري بعد قبضه له ففي هذه الحالة لا يكون البائع مسئولاً عن هذا العيب ولا يجوز للمشتري أن

---

(١) المغني : ج٤/٨٦.
(٢) المغني :٤/٨٦.
(٣) الإقناع -المرجع السابق- ص٩٥.

يرده على البائع.

ولكن إذا كان المبيع معيباً ثم حدث به عيب عند المشتري، فالخيار مقرر للمشتري في هذه الحالة لأن العيبين قد استويا والبائع قد دلس على المشتري و الأخير لم يرتكب تدليساً أو إثماً ، ولذا فإنه أولى بالحماية والرعاية، كما أن رد المبيع جائز للمشتري قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وهو غير موجود وعلى ذلك فللمشتري رد المبيع مع أرش العيب الحادث أو إمساكه مع أخذ أرش العيب القديم.[1]

ويجب الإشارة إلى أن تدليس البائع بكتمانه لعيب موجود بالمبيع يعطي الحق للمشتري في رد المبيع بلا أرش للعيب الحادث مع أخذه لثمن المبيع كاملاً، فان للمشتري الرجوع على البائع بجميع الثمن حتى ولو تلف المبيع عنده طالما أن البائع كان مدلساً، وسواء كان تلف المبيع أو تعيّب بأمر من السماء أم بفعل المشتري أم بفعل أجنبي.[2]

خامساً : الظاهرية :

يفرقون بين اشتراط المشتري للسلامة من العيوب في العقد وبين عدم اشتراطه ذلك.

فالحالة الأولى: إذا اشترى شخص بضاعة بشرط سلامتها من جميع العيوب ثم وجدها معيبة، فإن البيع يعتبر مفسوخاً ولا خيار له في ذلك، إلا إذا قاما بتجديد البيع بعقد آخر وتراضيا على ذلك.

---

(١) المغني -المرجع السابق- ص٨٩.
(٢) الإقناع الحنبلي -المرجع السابق- ص٩٥.

الحالة الثانية : إذا لم يشترط المشتري السلامة من العيوب ولم يقم البائع ببيان عيب بالمبيع، ومع ذلك وجد المشتري المبيع معيباً، فالمشتري في هذه الحالة مخير بين امساك المبيع ولا حق له في مطالبة البائع بشيء لأنه قد رضي بعين المبيع، وبين رده لما تعرض له من غش أو خديعة أو غبن، وليس له أن يمسك المبيع ويطالب البائع بقيمة العيب لعدم ورود دليل بذلك في القرآن أو السنة[1].

وأما إذا مات المبيع -في حالة ما إذا كان المبيع حيواناً- أو قام المشتري ببيعه أو تلف عنده ففي هذه الصور يجوز للمشتري أن يطالب البائع بقيمة العيب فقط لأنه لا يستطيع أن يرد المبيع على البائع.

وأضاف الظاهرية صورة أخرى وهي خروج المبيع عن ملكه بالبيع، ثم رده عليه من المشتري الثاني، لإنه لا يجوز للبائع الثاني -المردود عليه- أن يرد المبيع على البائع الأول لخروجه عن ملكه ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلا عَلَيْهَا﴾، وإنما يكون له المطالبة بقيمة العيب فقط[2].

وأما إذا اشترى بضاعة وتعيبت عنده بفعله أو بفعل غيره أو بأمر من السماء ثم وجد بها عيباً قديماً، فالمشتري مخير بين ردها وامساكها، فإذا قام بردها على بائعها فلا يرد معها مقابلاً للعيب الحادث عنده لأن القرآن الكريم أو السنة النبوية لم يقررا عليه غرامة في ذلك، وأما إذا قام بإمساكها فلا يجوز له أن يطالب بقيمة العيب القديم لعدم ورود

(١) المحلى لابن حزم: ج٩/ ٦٥ ، ٦٦.
(٢) المحلى -المرجع السابق : ص٦٦.

دليل بذلك ولرضائه بعين المبيع.

هذا، وإذا علم المشتري بالعيب عند شراء المبيع فلا يجوز له أن يرجع على البائع بشيء، أما إذا اختلف المتعاقدان في حدوث العيب أو قدمه فليس للمشتري إلا تحليف البائع اليمين على أنه باع المبيع سليماً من العيوب، ولكن إذا قامت البينة من مشتر عادل على قدم العيب، فإن له أن يرد المبيع في هذه الحالة على البائع[1].

الشرط الثالث: أن يكون العيب غير معلوم للمشتري:

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان المشتري عالماً بالعيب، فالبيع صحيح ولازم له، فقد جاء في حاشية ابن عابدين (تنبيه: لابد في العيب أن لا يتمكن من إزالته بلا مشقة... وأن يكون عند البائع، ولم يعلم به المشتري ... قلت: صرح في الذخيرة بان قبض المبيع مع العلم بالعيب رضاً بالعيب»[2].

وجاء في حاشية الدسوقي النص التالي: «وضع من الرد أي بالعيب القديم ما يدل على الرضا بعد الاطلاع على العيب من قول أو فعل أو سكوت طال بلا عذر إلا ما لا ينقص المبيع فإنه لا يمنع الرد»[3].

(١) المحلى - المرجع السابق: ص٧٢

(٢) حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٥ طبعة الحلبي بمصر.

(٣) حاشية الدسوقي: ج٣/١١٩.

وجاء في المجموع: إن كان المشتري علم فلا خلاف أنه يثبت له الخيار لرضاه بالعيب»[1].

وجاء في المغني: «من اشترى معيباً يعلم عيبه أو مدلساً وهو عالم فلا خيار له لأنه بذل الثمن فيه عالماً راضياً به عوضاً أشبه ما لا عيب فيه لا نعلم خلاف ذلك»[2].

وجاء في المحلى: «فإن لم يشترط السلامة ولا بين له معيب فوجد عيباً، فهو مخير بين إمساك أو رد فإن أمسك فلا شيء له لأنه قد رضي بعين ما اشترى فله أن يستصحب رضاه وله أن يرد جميع الصفقة، لأنه يوجد خديعة وغشاً وعيباً، والغش والخديعة حرامان»[3].

يستنتج من هذه النصوص أن رضا المشتري بالعيب بعد علمه به يترتب عليه صحة البيع ولزومه وسقوط الخيار.

الشرط الرابع: ألا يشترط البائع البراءة من العيب:

فإذا تضمن العقد اشتراطاً من البائع بالبراءة من العيب وقبل المشتري هذا الاشتراط، فان الحنفية يقولون بصحة هذا الشرط عاماً أو خاصاً، فلو قام المشتري بشراء البضاعة على ذلك، وظهر فيها عيباً فإنه لا يجوز له أن يردها لأنه قبلها بكل عيب يظهر فيها. وحينئذ لا خيار له، وكذا لو اشترط البراءة من عيب خاص من باب أولى فاشتراط

(1) المجموع: ج١/ ٢٨٠.
(2) المغني: ج٤/ ٨٦.
(3) المحلى: ج٩/ ٦٥.

البراءة من العيب يشمل العيوب الموجودة بالبضاعة قبل انعقاد العقد والعيوب الحادثة بعده قبل أن يتسلمها المشتري. هذا، وقد عارض محمد وزفر -من أصحاب أبي حنيفة- ذلك، وقالا بأن اشتراط البراءة من العيوب لا يشمل سوى العيوب الموجودة حال انعقاد العقد، أما العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض فإن للمشتري أن يرد بها[1].

وأما موقف الشافعية من اشتراط البراءة من كل عيب بالبضاعة المبيعة فهو على النحو الآتي:

الطريق الأول: ينقسم إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول عندهم: أن هذا الشرط صحيح لرضاء المشتري به.

القول الثاني: أنه شرط غير صحيح والبائع لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط ينتفع به أحد المتابعين فلم يصح مع الجهالة.

والثالث: أن البائع لا يبرأ إلا من العيب الباطن في الحيوان بشرط ألا يعلم به البائع للحاجة للبراءة من هذا العيب لأنه يصعب معرفة هذا العيب.

الطريق الثاني: أن البائع لا يبرأ إلا من عيب باطن في الحيوان بشرط علمه به[2].

---

(1) شرح فتح القدير: ج٥/ ١٨٢.
(2) المهذب: ج١/٢٨٨.

وأما المالكية والحنابلة والظاهرية، فإنهم يقولون بأن شرط البراءة من العيب الذي يوجد في البضاعة المبيعة شرط غير جائز ، وإذا ظهر للمشتري عيب كان له رد المبيع، ولكن الحنابلة يرون جواز شرط البراءة من عيب معين إذا سماه البائع ووافق عليه المشتري ورضا به[1].

خلاصة القول في هذه المسألة: أن شرط البراءة من العيب فيه ثلاثة أقوال:

الأول : المنع مطلقاً، وهو قول المالكية والظاهرية.

الثاني: الجواز مطلقاً ، وهو قول الحنفية.

الثالث : التفصيل، وهو قول الحنابلة والشافعية في رأي عندهم.

- الآثار المترتبة على وجود العيب الخفي (رد المبيع):

- هل ترد البضاعة المبيعة بعد العلم بالعيب فوراً أو على التراخي؟

اختلفت المذاهب في ذلك على النحو الآتي:

- أولاً : الشافعية والمالكية:

قالوا يشترط أن يكون رد البضاعة المبيعة بعد العلم بالعيب على

(١) كشاف القناع: ٣/١٩٦. المحلى: ٩/٤١.

الفور، ولكنهم اختلفوا في المراد بالفور، فالشافعية يقولون: بأنه ما لا يعد تراخياً في العادة، فالأكل والصلاة التي دخل وقتها وما شابه ذلك لا يكون المشتغل بها متراخياً في العادة، ولذا لا يمنع المشتري من ردها على البائع، وكذلك لو علم المشتري بالعيب، ثم حدث عنده عذر منعه من رد البضاعة المبيعة على الفور كمرضه مثلاً فإن حقه لا يسقط.

فإذا كان البائع غائباً ولا وكيل له فيجب على المشتري أن يرفع الأمر إلى القضاء وجوباً، مع الزامه بإقامة البينة، ويجب على القاضي أن يقوم بتحليف المشتري مع البينة لأنه قضاء على الغائب، ثم يأخذ البضاعة المعيبة ويضعها عند عدل ويقضي له بثمنها من مال البائع، فإن لم يجد عنده مالاً قام ببيع البضاعة المبيعة -محل النزاع- وأعطى المشتري الثمن المحكوم له به.

ويجب على المشتري أن يشهد على فسخه عقد البيع، ويكفي شاهد واحد في هذه المسألة[1].

وأما المالكية فيقدرون الفور بمدة يومين، فإذا زادت المدة عن ذلك اعتبر المشتري متراخياً في رد البضاعة المعيبة، وبالتالي يسقط حق الخيار المقرر له في الرد بالعيب، إلا إذا توافر لديه عذر منعه من ردها بعد العلم كمرض أو خوف من ظالم -قرصان بحري- أو ما شابه ذلك، فإذا قام المشتري برد البضاعة المبيعة على البائع في أقل من يوم فلا ضرورة لمطالبته باليمين، أما إذا قام بردها بعد يومين أو يوم، فإنه يجب على القاضي أن يحلفه على أنه لم يرض بالعيب الموجود بها، وأما إذا

(١) روضة الطالبين: ج٣/ ٤٧٦.

رضي المشتري بها بحالتها التي هي عليها فإنه يمتنع عليه حينئذ الرد[1].

ثانياً: الحنفية والحنابلة والظاهرية (الجمهور):

قالوا لا يشترط أن يكون رد البضاعة المبيعة بعد العلم بالعيب على الفور بل يجوز أن يكون على التراخي، لأنه أجيز لدفع الضرر عن المشتري، ولذا فإنه لا يسقط بالتأخير، هذا إلا إذا كان تأخير رد البضاعة المذكورة مقترناً بما يدل على رضاه، بها بحالتها المعيبة.

ولا يفتقر الرد عند الحنابلة إلى رضا البائع ولا حضوره ولا إلى حكم قاضي سواء كان رد هذه البضاعة قبل استلامها أو بعده[2].

وزاد الحنفية على ذلك بأن للمشتري أن يرد البضاعة المبيعة حتى ولو قام بإعلان البائع بالعيب وخاصمه في ردها ثم ترك المخاصمة وبعد ذلك عاد وخاصمه مرة أخرى، هذا إذا لم يوجد ما يبطل الرد ويسقطه كدليل الرضا كقيامه برهن البضاعة المشتراة أو بيعها كلها أو بعضها.

وأما إذا كان البائع غائباً، ولم يجده المشتري ليرد إليه بضاعة فإن له أن يمسكها عنده إلى أن يحضر البائع فيسلمها له ويردها عليه، وإذا هلكت البضاعة في هذه الحالة وهي في يده قبل وصول البائع فإنه -أي البائع- لا يكون مسئولاً عن ثمن البضاعة، وإنما يسال عن النقصان

---

(١) حاشية الدسوقي: ج٣/ ١٢٠.

(٢) الإقناع: ج٢/ ٩٥.

الحادث بسبب العيب فقط[1].

خلاصة القول في هذه المسألة:

أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في إعطاء المشتري الخيار بين رد المبيع المعيب على بائعه وبين استبقائه مع مطالبة البائع بالتعويض، ولكن الفقه الإسلامي لا يجيز أخذ الفوائد القانونية عن قيمة المبيع لأنها ربا لقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ كما أنه لا يجيز أخذ قيمة المبيع من البائع، وإنما أخذ ما دفعه من ثمن لهذا المبيع، هذا في حالة رد المبيع، أما في حالة احتفاظه بالمبيع فليس له إلا المطالبة بالنقصان الحادث بسبب العيب، وقد قمنا بتفصيل القول في رد المبيع، وهل هو على الفور أو على التراخي.

وأما إذا اشترى شخص بضاعة فوجدها معيبة بعيب باطني لا يمكن ظهوره للمشتري إلا بتغيير ذات البضاعة المبيعة وهي ما يعبر عنه الفقهاء بالمبيع الذي مأكوله في جوفه كالبطيخ والرمان والجوز واللوز وما شابه ذلك، فإذا قام المشتري بكسرها أو شقها ووجدها فاسدة فلا يخلو حالها من أمرين:

الأمر الأول: إما أن تكون البضاعة كلها فاسدة لا ينتفع بها أصلاً. مثال ذلك ما إذا كانت البضاعة بيضاً وكسره فوجده منتناً، ففي هذه الحالة يقع البيع باطلاً عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة[2]، وللمشتري أن يرجع بجميع الثمن على البائع ولا شيء

---

(١) حاشية ابن عابدين: ج٤/ ٩٣ ، ٩٤.

(٢) روضة الطالبين: ج٣/ ٤٨٤. نهاية المحتاج: ج٤/ ٥٩. شرح فتح القدير:

على المشتري، وأما الظاهرية[1] فقد خيروا المشتري بين الرد والإمساك، ويتفق المالكية[2] مع الظاهرية في حالة البيض المحروق أي اختلط بياضه بصفاره، ولكنه لم ينتن -بشرط أن يكون البائع مدلساً. أما إذا كان البيض مذراً أي منتناً، فإن البيع في هذه الحالة يكون فاسداً عند المالكية سواء أكان البائع مدلساً أو لا، وللمشتري في هذه الحالة أن يرد البضاعة المبيعة على البائع مع استرداد ثمنها منه. هذا إذا كسره بعد استلامه بوقت قصير لا يتصور حدوث تغيير به، أما إذا كسره بعد استلامه بعد أيام يمكن تغيره فيها، ففي هذه الحالة لا يكون من حقه الرد أو المطالبة بشيء، لأنه حينئذ لا يدري إن كان الفساد قد لحق به عنده أم عند البائع.

هذا في البيض، لأنه كما يقول المالكية يمكن الاطلاع على عيبه بعلامات خاصة بدون إحداث تغيير فيه. أما إذا كانت البضاعة لا يعرف عيبها إلا بإحداث تغيير بذاتها فإنهم -أي المالكية- يقولون: بأن المشتري لا يجوز له أن يرد البضاعة المبيعة بعد إحداث تغيير فيها إلا إذا اشترط ردها بذلك، أو جرت العادة بالرد بذلك المعيب بعد الاطلاع عليه، لأن العرف كالشرط في ذلك ولا يجوز للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض عما نقص بسبب العيب.

الأمر الثاني: إذا كانت البضاعة فاسدة، ولكن ينتفع بها كبيض النعام وجوز الهند، فيجب على المشتري في هذه الحالة أن يردها على

ج٥/١٦٤. الانصاف: ج٤/٤٢٤. الاقناع: ج٢/٩٩

(١) المحلى: ج٩/٧٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/١٠٢.

بائعها مع استرداد ثمنها منه وفقاً للرأي الراجح عند الشافعية[1]. وأما الحنفية: فإنهم يقولون بأن المشتري لا يجوز أن يرد البضاعة -بيض النعام وجوز الهند- في هذه الحالة وإنما يكون له الرجوع على البائع، بنقصان المعيب بشرط ألا يتصرف فيها بعد العلم بعيبها، فإذا تصرف فيها بالمبيع ونحوه سقط حقه في المطالبة بالعوض لأن تصرفه يعتبر رضاء منه بعيبها[2].

وأما الحنابلة[3]:

فإنهم يقولون: بأن للمشتري الخيار في هذه الحالة أي أن له أن يردها على البائع مع دفع تعويض عن النقص الحادث بها حتى ولو كان الكسر بقدر الاستعلام، ولكن إذا كسرها كسراً بحيث لا تبقى للبضاعة قيمة أصلاً تعين الأرش للمشتري في هذه الحالة أي أن للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض عن فسادها فقط. وروي عن أحمد بن حنبل رواية أخرى تقضي بتخيير المشتري بين الأرش وبين رد البضاعة المعيبة ورد ما نقص وأخذ ثمنها من البائع.

والرأي الراجح في نظري هو رأي المالكية، لأنه يؤدي إلى استقرار المعاملات التجارية، فرد البضاعة المبيعة لا يكون إلا بشرط أو عرف يقضي بذلك.

** **

---

(١) روضة الطالبين -المرجع السابق- ص٤٨٤. تحفة المحتاج: ص٣٨٠.

(٢) الهداية: ص٢٩. شرح فتح القدير -المرجع السابق- ص١٦٥.

(٣) الإقناع -المرجع السابق- ص٩٩. الإنصاف -المرجع السابق- ص١٢٤.

المطلب الرابع

أقسام العقود بالنظر إلى آثارها

تنقسم العقود بالنظر إلى آثارها والأغراض التي تقصد منها إلى عدة مجموعات كل مجموعة منها تهدف إلى تحقيق غرض معين، ولذا فقد يكون العقد الواحد داخلاً في أكثر من مجموعة إذا تعدّد الغرض منها كأن يكون الهدف منه تمليك شيء -عيناً أو منفعة- وقد يكون الهدف منه الاستيثاق والحفظ إلى غير ذلك من الأغراض والأهداف المبتغاة من العقود.

ولذلك فإن العقود تتنوع إلى أنواع متعددة تبعاً لاختلاف المقصود منها وكان لكل نوع منها أحكامه الخاصة به.

والاستقصاء والتتبع للعقود المختلفة نجد أنها ترجع إلى سبع مجموعات بالنظر إلى آثارها والأغراض والأهداف التي يبتغي تحقيقها.

١ - عقود التمليكات: عقود التمليكات تنقسم إلى قسمين: عقود المعاوضات، وعقود التبرعات.

أ - عقود المعاوضات: وهي العقود التي تشتمل على التزامات متقابلة بين المتعاقدين، سواء أكانت متبادلة بمال كالبيع والقرض أم كانت مبادلة بمال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والاستصناع والمساقاة أم

كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج والخلع.

فجميع هذه العقود وأمثالها مشتملة على معنى المعاوضة والمبادلة.

ب - عقود التبرعات: وهي التي يقوم أحد طرفي العقد فيها بتمليك الطرف الآخر مالاً أو منفعة بدون مقابل، كالهبة بدون عوض والصدقة والإعارة والكفالة والوصية والوقف، وإبراء المدين من الدين، أما الهبة بعوض فظاهرها تبرعات وباطنها أنها من عقود المعاوضات، وقد سبق أن ذكرنا أن ناقص الأهلية يصح منه عقود المعاوضات، فالصبي المميز يجوز له إبرام هذه العقود مع وقف نفاذها على إذن وليه، وأما عقود التبرعات فإنها لا تصح منه سواء كانت وصية أم وقفاً أم هبة حتى لو أذن له وليه في عقدها أو أجازها بعد عقدها.

٢- عقود الإسقاطات: وهي التي يقوم أحد طرفي العقد فيها باسقاط حق من الحقوق سواء كان هذا الإسقاط نظير بدل أم لا.

والإسقاط نوعان:

أ - اسقاطات خالصة: وهي التي تكون بغير بدل كإبراء الدائن المدين من الدين، والعفو عن القصاص من غير بدل، والطلاق.

ب - إسقاطات فيها معنى المعاوضة: كالخلع والعفو عن القصاص ببدل أي مال يدفعه الجاني، والصلح في الدين. وهذا النوع

من الإسقاطات يطبق عليه أحكام عقود الاسقاطات في جانب من هو في حقه اسقاط، ولذلك لو خالع الرجل زوجته على سقوط مؤخر صداقها ونفقة عدتها، ثم أعرض عن المجلس قبل قبولها لم يسقط حقها في القبول ما لم تعرض هي عن المجلس لأن المجلس غير معتبر في حقه، لأن الخلع إسقاط من جانبه، لا يتوقف على المجلس، وإنما يثبت المجلس في حق الزوجة، لأن الخلع بالنسبة لها معاوضة.

٣- عقود الإطلاقات: وهي التي يقوم أحد طرفي العقد فيها بإطلاق يد في تصرف لم يكن ثابتاً له قبل ذلك كالوكالة والإيصاء والإمارة والقضاء، فالوكيل والوصي والوالي والقاضي كانوا ممنوعين من التصرف فيما أطلقت يدهم فيه قبل ثبوت هذه الصفة لهم.

٤ - عقود التقييدات: وهي التي تقوم أحد طرفي العقد فيها بتقييد يد الطرف الآخر، ومنعه من التصرف الذي كان ثابتاً له. كعزل الوكيل وناظر الوقف والوالي والقاضي. فجميع هذه الأمور فيها منع وتقييد بعد الإطلاق.

٥ - عقود الشركات: وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في نماء المال أو ما يخرج من العمل، ومن أمثلة هذه العقود: عقود الشركة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والمضاربة.

٦ - عقود التوثيقات: وهي التي يكون الغرض منها ضمان الوفاء بالديون لأصحابها، كالكفالة والحوالة والرهن.

٧ - عقود الحفظ: وهي التي يكون الغرض منها حفظ المال فقط، كعقد الوديعة فالمقصود منه هو مجرد الحفظ فقط.

** **

المطلب الخامس

أقسام العقد من حيث الصيغة

الأصل في العقود أن تكون الصيغة كافية لترتيب آثارها عليها، بمجرد الانتهاء منها، وهو متحقق بوضوح في العقود التي لا يتوقف تمامها على القبض، أما العقود التي يتوقف تمامها على القبض فإن الصيغة لا تكفي لترتب آثارها عليها، فهذا النوع من العقود يلزم قبض المعقود عليه بجانب الصيغة حتى يتم العقد وترتب عليه آثاره.

ومن أمثلة هذه العقود الهبة والصدقة والعارية والرهن والوديعة والقرض والشركة والمضاربة. فأي عقد من هذه العقود لايتم بمجرد صدور الإيجاب والقبول بل يتوقف تمامه وإفادته لآثاره على قبض المحل.

ويرجع السبب في توقفها على القبض إلى الآتي:

أن هذه العقود جميعاً ماعدا الرهن عقود غير لازمة، ولو قيل بتمامها قبل القبض، لجاز المطالبة بتنفيذها، ولا محل لهذه المطالبة إلا عند اعتباره عقداً ملزماً، ولن يكون ملزماً إلا بالقبض. لذلك يجب عدم اعتبارها تامة إلا بقبض محلها، حتى تكون مرتبة لأحكامها

وآثارها[1].

هذا ويجب أن يكون معلوماً أن صيغة العقد قد تكون منشئة له في الحال مرتبة لأحكامه وآثاره بعد تمامه مباشرة، وقد تكون منشئة له في الحال ولكنها تؤخر أحكامه وآثاره إلى زمن مستقبل، وقد تتضمن الصيغة إنشاء العقد في المستقبل. لذلك ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام: منجز ومضاف، ومعلق.

١- العقد المنجز هو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل، مرتبة آثاره عليه في الحال.

والصيغة المنجزة قد تكون مطلقة غير مقترنة بشرط. مثال ذلك: أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه السيارة بعشرة آلاف جنيه حالة ويقبل المشتري، فإن عقد البيع يكون تاماً، ويترتب عليه حكمه في الحال، فتنتقل ملكية السيارة إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع.

وقد تكون الصيغة مقترنة بشرط ولكنها تفيد انشاء العقد في الحال، مثال ذلك: أن يقول المستأجر للمؤجر: استأجرت منك هذا المنزل بخمسين جنيها شهرياً على أن أدفع لك الأجرة كل ثلاثة أشهر مكتملة، فإذا قبل المؤجر هذا الشرط كان العقد صحيحاً وموجوداً من وقت صدوره وترتب عليه أحكام وآثاره.

حكم العقد المنجز: ترتب أحكام وآثاره عليه في الحال ودون تأخير، وجميع العقود يصح أن تكون منجزة ما عدا الوصية والإيصاء

---

(١) الشيخ علي الخفيف، ا.د. عبدالمجيد مطلوب: المرجعين السابقين.

لأن طبيعتها تتنافى مع التنجيز لأنهما مضافان إلى ما بعد الموت، حتى ولو كانت صيغتهما منجزة.

مثال ذلك: أوصيت لأحمد بثلث مالي أو جعلت سعيداً وصياً على أولادي فهذا العقدان لا يترتب عليهما أثرهما إلا بعد موت الموصي.

٢ - العقد المضاف: ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل سواء كانت مطلقة أم مقترنة بشرط.

مثاله في حال الاطلاق: أجرتك سيارتي هذه مدة أسبوع ابتداء من الأسبوع القادم بمائتي جنيه ويقبل الآخر.

ومثاله في حال الاقتران بالشرط: أجرتك سيارتي هذه مدة أسبوع ابتداء من الأسبوع القادم بمائتي جنيه بشرط أن تدفع الأجرة مقدماً فيقول الآخر: قبلت. فإن القعد في هذين المثالين صحيح منتج لأثاره في الوقت المحدد في العقد.

حكم العقد المضاف: أن هذا العقد ينعقد في الحال، ولكن لا يوجد حكمه وأثره ولا يبتدئ عقد إجارة السيارة إلا عند بداية الأسبوع القادم.

هذا وتنقسم العقود عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام بالنسبة لقبولها الإضافة وعدم قبولها.

الأول: عقود لا تكون إلا مضافة، وهي الوصية والإيصاء لأن طبيعتهما لا تتفق مع التنجيز كما أن أحكامهما لا تكون إلا بعد وفاة الموصي.

الثاني: عقود لا تصح مع الإضافة: وهي العقود التي تفيد تمليك الأشياء في الحال. كالبيع والهبة والإبراء من الدَّيْن .. إلخ. فهذه العقود وما يشبهها يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها. وتأخر الحكم عنها يكون إهمالاً لها وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان. كما أنها موضوعة أصلاً لإفادة أحكامها في الحال.

الثالث: عقود تقبل الإضافة بمعنى أنها تكون منجزة أحياناً، ومضافة إلى زمن مستقبل أحياناً أخرى. فإن جاءت صيغة العقد منجزة ترتب أثرها في الحال، وإن جاءت مضافة انعقد العقد وتراعى حكمه وأثره إلى الزمن المستقبل المحدد فيه. ومن هذا النوع العقود الآتية:

أ - العقود التي ترد على المنافع بوجه عام كالإجارة والعارية والمزارعة والمساقاة والمضاربة. فهذه العقود لا تتحقق آثارها فوراً، لأن محلها وهي المنفعة لا توجد مرة واحدة، وإنما تتجدد مع الزمن.

ب - عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة، فهذه العقود أيضاً لا تفيد أثرها كاملاً في الحال، لأن الكفالة قد تنعقد تامة ومع ذلك لا يقوم الكفيل بأداء الدين إلا بعد مرور مدة من الزمن، وقد لا يقوم بأدائه، ويقال نفس الكلام في الحوالة، فمعنى الإضافة إذا متحقق في هذه

العقود، ولذا فإن الإضافة لا تتنافى معها.

ج - عقود الإسقاطات كالطلاق والوقف والخلع من ناحية الزوج، فكل عقد من هذه العقود يعتبر إنهاء للملك، ومعلوم أن هذا الملك لا يدوم بل ينتهي بالموت، والموت من الغيبيات، وهو مستقبل، فلا مانع من أن تنتهي قبله في الوقت الذي أضيفت له هذه العقود.

مثال توضيحي: لو قال زوج لزوجته سأطلقك في أول الشهر القادم. فقد أضاف الطلاق إلى زمن مستقبل، فإذا مات الزوج قبل حلول هذا الميعاد فإن الطلاق لا يقع.

د - عقود الإطلاقات كالوكالة والقضاء، فهذه العقود لا تفيد أحكامها دفعة واحدة، وإنما تثبت شيئاً فشيئاً. لذا فإن الإضافة لا تتنافى مع هذه العقود.

٣ - العقد المعلق: العقد المعلق هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر فإن كان الأمر المعلق عليه وقت التعليق موجوداً كان التعليق صورياً، والعقد في هذه الحالة يكون منجزاً.

مثال ذلك : أن يقول شخص لآخر إن كان محمد مديناً بمائة جنيه فأنا كفيل ويقبل الآخر، ثم يتضح أن محمداً كان مديناً بهذا المبلغ في نفس وقت انعقاد العقد.

أما إن كان الأمر -المعلق عليه- غير موجود ومستحيل وجوده فإن العقد لا ينعقد أصلاً.

مثال ذلك: أن يقول شخص إن سقطت السماء على الأرض فأنت وكيلي في بيع هذه الأرض، أما إن كان الأمر - المعلق عليه- غير موجود ، ولكنه على خطر الوجود بمعنى أنه قد يوجد وقد لايوجد، فهذا هو العقد المعلق تعلقاً حقيقياً.

مثال ذلك: أن يقول شخص لآخر إن أقرضت ممدوحاً خمسة آلاف جنيه، فأنا كفيله وقبل ثم أقرضه هذا المبلغ، فإن الكفالة تكون منعقدة ونافذة لتحقق الأمر المعلق عليه. ويسمى هذا العقد المعلق على شرط بالعقد المطلق.

وأما إذا قال له: إن أقرضت ممدوحاً خمسة آلاف جنيه، فأنا كفيله، بشرط أن يكون هذا القرض قبل مضي شهرين، فقبل. وتحقق هذا القرض بشرطه المقترن به.

فإنه يكون كفيلاً. ويسمى هذا العقد بالعقد المعلق المقترن بشرط.

هذا وتنقسم العقود عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام بالنسبة لقبولها التعليق وعدم قبولها:

الأول : عقود لا يصح تعليقها بأي شرط،

فإذا علق أحدهما بشرط كان عقداً غير صحيح، وهذا القسم يشمل العقود الآتية:

أ - عقود التمليك المالية، ماعدا الوصية كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح على مال والقسمة والإبراء، وعقود

التبرع كالهبة والقرض والوقف على الأرجح.

ب - عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع من قبل الزوجة، فالزواج لا يكون صحيحاً إذا قال رجل لأمرأة تزوجتك إن وافق والدي، وكذا الخلع فإنه لا يكون أيضاً صحيحاً: إذا قالت الزوجة لزوجها خالعني على عشرة آلاف من الجنيهات إن تزوجت امرأة ثانية. وخالف الشافعي في الخلع.

ج - التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له في التجارة فالمطلقة لا ترجع إلى عصمته إذا قال لها: إن امطرت السماء اعدتك إلى عصمتى، كذا لا ينعزل الوكيل إذا قال الموكل للوكيل: إذا جاء فلان من السفر فأنت معزول عن الوكالة، وكذا لا ينحجر الصبي بقولك له: إن ذهبت اليوم إلى السوق فقد منعتك من التجارة.

د - الرهن والإقالة: فلا يصح الرهن بقولك لدائنك رهنتك كتابي هذه إن نجحت في الامتحان، ولا يرتفع البيع بقول المشتري لبائعه: إن وجدت مشترياً بثمن أعلى فقد أقلتك من البيع.

وقد منع الحنفية تعليق هذه العقود لما في التعليق من معنى المقامرة، فقد يوجد الشرط وقد لا يوجد فلا يكون العاقدان على بينة من أمرهما، وعلى افتراض أنه سيوجد في زمن مستقبل فإن المعلق لا يدري من أمره شيئاً، فقد تتغير نفسه وإرادته فيه لسبب من الأسباب، فيصبح نفاذ هذا العقد أبغض شيء إليه في الوقت الذي أراد فيه نفاذه،

وعلى ذلك فالرضا لا يكون متوافر وهو الذي تبنى عليه العقود.[1]

الثاني : عقود يصح تعليقها بأي شرط،

وهذا القسم يشمل العقود الآتية:

أ - الإسقاطات المحضة كالطلاق وإسقاط الشفعة بعد ثبوتها.

مثال ذلك: أن يقول الزوج لزوجته إن ذهبت إلى بيت فلان فأنت طالق، أو يقول شخص لآخر: إن كان المشتري فلان فقد أسقطت حقي في الشفعة. فإذا تحقق الشرط في هذين المثالين في الطلاق يقع والشفعة تسقط. وإلى هذا ذهب الشافعي.

ب - الوكالة والوصية والإيصاء: مثال ذلك: أن يقول شخص لآخر: إن رأيت السلعة الفلانية في السوق فأنت وكيلي في شرائها، إن بلغت ثروتي مائة ألف جنيه فقد أوصيت لك بعشرها، إن توفيت قبلك فأنت وصيي على أولادي، فإذا تحقق الشرط في هذه الأمثلة فإن الوكالة والوصية والإيصاء تتحقق. وخالف الشافعي[2] في الوكالة. لأن الوكالة لا تصح مع التعليق عنده.

ج - اليمين: يصح تعليقه بالشرط. مثال ذلك: أن يقول شخص إن شفى الله والدي لأتصدقن بمائة جنيه، فإذا عافى الله والده لزمه التصدق بالمبلغ المذكور ولا يخفى أن هذه العقود لا يترتب عليها غرر رغم تعليقها.

---

(١) الشخ علي الخفيف: ص٩٠ وما بعدها.

(٢) حاشية البجيرمي: ٣/ ٥٥.

الثالث: عقود يصح تعليقها بالشرط الملائم لها دون غيره من الشروط.

ويشمل هذا القسم الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة.

والشرط الملائم: هو ما كان مفضياً للعقد المعلق عليه عرفاً أو شرعاً، مثال ذلك: أن يكون تحقق هذا الشرط أساساً لوجود العقد كما في ثبوت الدين بالنسبة للكفالة والحوالة، أو مفضياً إليه عادة كما إذا كان سبباً في إمكان استيفاء الحق، أو في تعذر استيفائه.

مثل أن يقول شخص لآخر: إن استحق المبيع فأنا ضامن لثمنه، أو إن أقرضت فلاناً كذا فأنا ضامن، أو أن يقول مدين لدائنه، إن لم أؤد الدين غداً فقد أحلتك به على فلان. أو أن يقول ولي الصغير له: إن بلغت عشر سنوات فقد أذنت لك بالاتجار.

أما إذا علقت هذه العقود بشرط غير ملائم فإنها لا تكون صحيحة:

ومن أمثلة ذلك: إن نجح ابنك في الامتحان فأنا ضامن دينك قبل فلان، أو إن نجح ابني في الامتحان فقد أحلتك على فلان، أو إن أمطرت السماء اليوم فقد أذنت لك بالاتجار[1].

وسواء تحققت هذه الشروط أم لا، لأن هذه العقود تعلقت بشرط

---

(1) حاشية بن عابدين: ٤/٢٦٦، ٢٩٤.

غير ملائم لها لا يظهر فيه غرض صحيح فيكون ضرباً من اللهو والهزل.

والعقود لا تصح مع الهزل. ويرى الشافعي أن عقد الكفالة لا يقبل التعليق مطلقاً.

هذا وينقسم العقد إلى عقد عيني وعقد غير عيني، ونقصد بالعقد العيني: العقد الذي لا يتم ولا يلزم بتسليم العين المعقود عليها، مثل الهبة والصدقة والإعارة والوديعة والقرض والرهن والصرف.

وأما العقود غير العينية فهي: التي تتم بمجرد صدور الصيغة السليمة الخالية من العيوب ولا تتوقف على قبض أو غيره، وهي جميع العقود ما عدا العقود التي سردناها سلفاً.

وتنقسم العقود أيضاً إلى عقود مسماه وغير مسماه:

والمراد بالعقود المسماه: العقود التي وضع لها اسم خاص بها، وقام التشريع بتوضيح أحكامها وكل ما يتعلق بها، وهذا النوع يشتمل على العقود التي أنشأها الشارع ابتداء، وعلى العقود التي أقرها الشارع لتعامل الناس بها وجريان العرف على ذلك، ومن النوع الأول البيع والهبة والزواج، ومن النوع الثاني الإجارة والاستصناع.

أما العقود الغير مسماه: فهي العقود المستحدثة والتي تنشأ لحاجة الناس إليها ولم يوضع لها اسم خاص من قبل. فالشارع لم يقم بتنظيمها لذلك فإنها تخضع في تكوينها وأحكامها وآثارها إلى القواعد العامة للعقود. وهذا النوع لا يمكن حصره، بل إنه يخضع لحاجة الناس في كل زمان، فحاجات الناس متجددة دائماً وقد ينشأ منها أنواع في الزمن المستقبل.

هذا، ويلزم التنويه إلى أن تقسيم العقود إلى مسماه وغير مسماه موجود عند الفقهاء الذين يجيزون انشاء العقود التي تدعو إليها حاجة الناس، وإن لم يرد بشأنها نص خاص، طالما أن هذه العقود لا تخالف نصاً أو قاعدة من القواعد العامة.

أما الفقهاء الذين لا يجيزون العقود إلا إذا كانت ثابتة بدليل من الأدلة الشرعية: الكتاب والسنة أو الإجماع فلا يكون عندهم هذا التقسيم.

المبحث الثاني

مدى الحرية في انشاء العقود

وإضافة الشروط إليها

سنتحدث أولاً عن آراء الفقهاء في حرية إنشاء العقود الجديدة في مطلب أول، ثم نتحدث عن آرائهم في مدى آرائهم في حرية المتعاقدان في إضافة الشروط إلى العقد في مطلب ثان.

** **

المطلب الأول

حرية انشاء العقود الجديدة

إن الشريعة الإسلامية أقرت كثيراً من العقود التي كان يجري التعامل بها بين الناس في الجاهلية بعد أن وضعت لها العديد من الضوابط والحدود، حتى تكون محققة لمصالح الناس، وقد ور دت الأدلة الشرعية المبيحة لكثير من العقود منها: البيع والإجارة والسلم والرهن والشركة والمضاربة والوكالة والكفالة والحوالة والزواج والطلاق والخلع والوصية والإيصاء والوقف. وغيرها من العقود التي أنشأها الشارع ابتداء.

ولكن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى ظهور عقود جديدة في مجال المعاملات لم تكن معروفة من قبل ولم يرد بشأنها نص في كتاب أو سنة أو إجماع، فهل تبيح الشريعة هذه العقود المستحدثة أم لا، وهل يجوز شرعاً للإنسان أن ينشيء أي عقد من العقود أم يحظر عليه ذلك، اختلف الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب الحنابلة إلى أن الأصل في العقود الإباحة. فللإنسان إحداث أي عقد تدعو الحاجة إلى انشائه ما لم يرد من الشارع نص خاص به يمنعه، أو يخالف قاعدة من القواعد العامة في الشريعة، وعلى ذلك فإذا لم يخالف العقد المستحدث نصاً قطعياً. أو قاعدة عامة كان عقداً جائزاً وملزماً يجب الوفاء به، أما إذا خالف قاعدة من القواعد العامة فإنه يكون عقداً باطلاً. مثال ذلك عقد التأمين الذي يتعامل به الناس في العصر الحاضر سواء كان تأميناً على الحياة أم تأميناً على البضائع أو تأميناً على أرجل لاعبي كرة القدم، أو على أصوات المطربين والمطربات أو غير ذلك من أنواع التأمين المختلفة فهذا العقد بأنواعه جميعاً باطل لمخالفته قواعد الشريعة ولاشتماله على المخاطرة التي حرم الميسر من أجلها، ولاشتمالها على القمار والربا لاحتساب فائدة على رأس المال عند قبضه في نهاية المدة المتفق عليها.

الرأي الثاني: ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في العقود الحظر والمنع، ولا يجوز شيء منها إلا ما ورد به دليل خاص من كتاب أو سنة صحيحة أو إجماع صحيح. وعلى ذلك فجميع العقود المستحدثة باطلة إذا لم يرد بها دليل من الشرع.

الرأي الثالث : للحنفية والمالكية والشافعية فإنهم يذهبون إلى أن الإنسان له الحرية الكاملة في انشاء العقود الجديدة طالما أنه يستند في إباحتها إلى دليل من الأدلة الشرعية الأخرى غير الكتاب والسنة والإجماع، وهي: القياس والمصالح المرسلة، والاستحسان، والعرف وغير ذلك من الأدلة الشرعية التي تحدثنا عنها في القسم الأول.

هذا الرأي يتفق إلى حد ما مع رأي الظاهرية لأنهما يتفقان على أن الأصل في العقود الحظر والتحريم ما لم يرد بجوازها الشرع، ولكنهم توسعوا في دائرة العقود الشرعية أكثر من الظاهرية، لأن الظاهرية لا تعتمد إلا على النص والإجماع، أما المذاهب الثلاثة فتعتمد في استنباطها للأحكام والعقود على الأدلة الشرعية الأخرى من قياس وعرف إلى آخره.

استند الظاهرية إلى ما يأتي:

١ - ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» فقد فسره الظاهرية بأن كل عمل لم يأذن به الشرع يكون مردوداً أي باطلاً لاأثر له، والعقود تدخل في هذا العموم فلا يصح من العقود إلا ما جاء النص أو الإجماع باسمه أو أباحه بعينه[1].

٢ - ما روى عن عائشة أيضاً رضوان الله عليها أنها أرادت أن

(١) الأحكام في أصول الأحكام: ٦/ ٣٢.

تشتري بريرة للعتق، فاشترطوا ولاءها، فذكرت ذلك لرسول الله صلى لله عليه وسلم فقال: «اشتريها واعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه[1].

وفي رواية أخرى للبخاري: «أن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي تسع أواق في كل عام أوقيه فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس. فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «خذيها» واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة. ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل،وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق»[2].

ففي هذا الحديث أن كل ما يشترط في العقود يكون باطلاً متى كان غير وارد في كتاب الله أي لم يأذن به الشرع بعينه، وإذا كان الشرط الذي يلحق العقد باطلاً، إذا لم يرد في كتاب الله، فبالأولى يكون العقد الذي هذه صفته باطلاً فلا يجب الوفاء به.

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ٢٦٧.

(٢) فتح الباري: ٤/ ٢٩٩.

واستند الحنابلة إلى ما يأتي وهو الراجح:

١ - إن الله أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ال في العقود للاستغراق- كما هو رأي معظم المفسرين- فيكون معنى الآية: أوفوا بجميع العقود سواء في ذلك العقد الذي ورد عن الشارع باسمه وعينه والعقد الذي لم يرد طالما لا يخالف الشريعة العامة.

وقد نصت السنة على وجوب الوفاء بالشروط التي تراضى عليها المتعاقدان طالما أنها لا تخالف حكم الله وشرعه، وإن لم يرد دليل معين باعتبارها. فقد روى الترمذي أن رسول الله عليه الصلاة والسلام، قال: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا». وهذا الحديث يدل على وجوب الوفاء بالشروط التي يشترطها الناس فيما بينهم ولا يحرم شيء منها إلا إذا خالف حكم الله وشرعه، وهذا دليل على أن الأصل إباحة الشروط، وأنه لايجوز الإخلال بموجبها مالم تخالف شيئاً من دين الله وشرعه، ولا يوجد فرق بين الشرط والعقد في هذا المعنى، لأن كلاً منهما يوجد التزاماً لم يكن موجوداً من قبل.

٢ - أن أساس العقود الشرعية هو التراضي من الجانبين، لقوله تعالى: ﴿إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ فما دام هذا المعنى متحققاً فيما يستحدثه الناس من عقود ولم تكن مخالفة لقواعد الشريعة العامة، كانت تلك العقود شرعية وإن لم يرد باسمها دليل خاص من الشرع.

٣ - أن الشريعة الإسلامية إنما شرعت لتحقيق مصالح العباد وتحصيل الخير لهم، وأنها قامت على السهولة واليسر ورفع الحرج عن الناس، كما دل ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ وقوله جل شانه ايضاً: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ وهذا يقتضي أن يكون للناس إحداث ما شاؤا من العقود التي تحقق المصلحة مادامت لا تخالف أصلاً من الأصول الشرعية المقررة.

ويمكن الرد على أدلة الظاهرية بالآتي:

١ - إن الحديث الأول الذي استدلوا به على أن الأصل في العقود الحظر والتحريم، وهو: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» إن استدلالهم به غير سديد، لأن معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس عليه أمرنا» أي أنه يعارض ما ورد عنا بأن يؤدي إلى مخالفة أمره أو نهي أو أن كل أمر يخالف الأدلة الشرعية غير صحيح، والأدلة الشرعية لم تنحصر في النص والإجماع، بل هناك أدلة أخرى عمل بها المجتهدون، كالمصلحة والقياس والعرف.

وأما استدلالهم بالحديث الثاني: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فليس معناه أن كل شرط في العقود يكون باطلاً متى كان غير وارد في كتاب الله، وإنما معناه أن الشرط لا يعول عليه ويكون باطلاً إذا كان يخالف كتاب الله، أي ما كتبه الله شريعة للناس، وذلك كشرط يلحق ضرراً بالمشروط عليه، وكشرط يحرم

حلالاً أو يحل حراماً، وهذا ما ورد بحديث الترمذي: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» فكتاب الله معناه ما كتبه على الناس من أحكام الشريعة وفرضه وقدره عليهم، وليس المراد به خصوص ما ورد في القرآن الكريم، فهو مثل قوله تعالى: ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً﴾ وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم الصِّيَام﴾ وقوله تعالى أيضاً: ﴿كُتِبَ عَلَيْكمْ القِصَاص﴾ وعلى ذلك فجميع العقود التي يحتاجها الناس لقضاء حاجياتهم ومصالحهم جائزة شرعاً، بشرط ألا تخالف نصوص الكتاب أو السنة أو القواعد العامة في الشريعة[1].

****

المطلب الثاني

مدى حرية المتعاقدين في إضافة الشروط إلى العقد

إن الخلاف في حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها، ويقف الحنابلة والظاهرية على طرفي نقيض. فالحنابلة يبيحون كل شرط لم يثبت في الشرع نهى عنه، والظاهرية يبطلون كل شرط إلا ما قام الدليل على إجازته[2].

---

(١) أ.د.عبدالمجيد مطلوب ٤٦٤ ومابعدها.

(٢) المحلى لابن حزم ٦/٢٠١.

أولاً : الظاهرية:

لا يعتبر من الشروط عندهم إلا ما ورد النص إثباته، وقام الدليل على وجوب الوفاء به، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر وبالتالي لا تنفذ.

ثانياً: الحنابلة:

إن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهي عنه، وعلى عدم اعتباره، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد، وذلك لأن الناس عند شروطهم، وعليهم الوفاء بعقودهم وعهودهم وقد أوجب الحنابلة الوفاء بشروط عقد الزواج كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها زوجها وألا تنتقل من بلدها أو بيتها، ويجيز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها، وأجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك وعلى ذلك فقد فتح باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط، بشرط ألا يخالف الشرط شيئاً في القرآن أو السنة أو القواعد العامة للشريعة كما ذكرنا سلفاً.

ثالثاً : الجمهور:

أكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية -إن كل شرط يخالف الشريعة أو يزيد على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر

به، شرط لا يقره الشرع ولا يعتبره كأن تشترط المرأة في الزواج ألا يتزوج عليها أو ينقلها من بلدها. فقد ذكر هؤلاء الأئمة أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد بل هو زائد على ما يوجبه عقد الزواج من التزامات، ولذا لا يعتبر هذا الشرط وما يشابهه ولا يلتفت إليه.[1]

خلاصة القول في هذه المسألة مايأتي:

الحنابلة والظاهرية مختلفان تمام الاختلاف في هذه المسألة، لأن الحنابلة يجيزون كل شرط لم يثبت في الشرع نهى عنه، وأما الظاهرية فلا يجيزون جميع الشروط ولا يبيحونها إلا ما قام الدليل على إجازته وإباحته.

وأنني أرجح مذهب الحنابلة في الشروط التي تشترط في العقود المالية طالما أنها لا تخالف القواعد العامة في الشريعة ولا تدخل في عموم المنهي عنه.

هذه كلمة موجزة عن آراء المذاهب المختلفة في إضافة الشروط إلى العقود وتفصيل الحديث فيها مايأتي:

أولاً : الحنفية:

يقسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أقسام:

(١) الإمام محمد أبوزهرة: الملكية ونظرية العقد، ص٢٧٢ ومابعدها.

شروط صحيحة، وشروط فاسدة، وشروط باطلة.

أ - فالشرط الصحيح هو: ما يكون موافقاً لمقتضى العقد كاشتراط تسليم ثمن البضاعة المبيعة قبل تسلمها.

أو يكون مؤكداً لمقتضاه كاشتراط تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل.

أو قد يكون ورد به أثر من الشارع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة، فإن اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقد حق الفسخ فيها، شرط ليس من مقتضى العقد ولا شرط مؤكد لمقتضاه، ولكن ورود الأثر به جعله مقبولاً وصحيحاً.

أو ما يجري به العرف كمن يشتري ثلاجة ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة، فهذا الشرط صحيح عند الإمام وصاحبيه، وأما زفر فيرى أنه شرط فاسد زائد على مقتضى العقد وغير مؤكد له وفيه منفعه لأحد المتعاقدين وهو يستند إلى القياس. وأما الإمام وصاحبيه فيرون أن العرف مما يخصص القياس وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط، وما يجري به العرف تؤيده الشريعة ما لم يخالف نصاً أو أثراً قد ورد من الشارع الحكيم، وهم يستندون إلى الاستحسان هنا.

حكم الشرط الصحيح: أنه يلتحق بأصل بالعقد ويجب الوفاء به لأنه صار جزءاً من مقتضى العقد.

ب - وأما الشرط الفاسد فهو: ما كان غير موافق لمقتضى العقد ولا مؤكد له ولم يرد به أثر ولا جرى به العرف وفيه منفعه لأحد العاقدين أو غيرهما.

مثال ذلك: أن يبيع البائع منزلاً ويشترط في العقد أن يسكنه مدة معلومة، أو تتزوج امرأة رجلاً وتشترط عليه في العقد ألا يخرجها من قريتها مثلاً، أو يبيع شخصاً سيارة أو ثلاجة أو تلفزيوناً ويشترط لنفسه الانتفاع بالمبيع مدة معلومة.

حكم الشرط الفاسد: الحنفية يفرقون في ذلك بين عقود المبادلات، المالية، وغيرها. فإذا كان العقد المقترن بشرط فاسد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة كان العقد فاسداً، وأما إن كان غير ذلك كالزواج والهبة والكفالة والحوالة والرهن كان العقد صحيحاً، والشرط الفاسد لا غياً أي أن العقد يجب الوفاء به دون الشرط الفاسد.

فمن تزوج على شرط ألا مهر لامرأته فإن العقد صحيح والشرط لاغ ويجب لها مهر المثل. ومن تزوج على شرط ألا يخرجها من قريتها أو من بيتها فإن الزواج يكون صحيحاً والشرط لاغ ويجب على المرأة أن تطيع زوجها.

ج - وأما الشرط الباطل: فهو ما كان غير موافق لمقتضى العقد ولا مؤكد له ولم يرد به أثر ولا جرى به عرف وليس فيه منفعه لأحد

المتعاقدين ولا لغيرهما. مثال ذلك: أن يبيع البائع سيارة، أو دراجة بخارية ويشترط على المشترى ألا يستخدمها إلا في أحوال خاصة، أو في زمن معين، أو أي قيد آخر يقيد به انتفاعه.

حكم الشرط الباطل: هذا الشرط يلغي ولايؤثر في العقد بفساد أو بطلان ، سواء كان العقد معاوضة أم لا[1].

ثانياً : المالكية:

تنقسم الشروط عند المالكية إلى ثلاثة أقسام:

شروط تبطل هي والبيع معاً، وشروط تبطل ويثبت البيع، وشروط تجوز هي والبيع معاً.

أن الشرط في المبيع نوعان:

النوع الأول: أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل أن يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري فالعقد هنا صحيح والشرط باطل. لحديث بريرة الذي قال فيه عليه السلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط».

النوع الثاني: أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك، وهذا النوع

(١) فتح القدير ٥/٢١٧ ومابعدها.

ينقسم إلى ثلاثة أقسام.

القسم **الأول**: أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، **الثاني** : أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام أو خاص. **الثالث** : أن يشترط إيقاع معنى البيع، والمعنى إما أن يكون من معاني البر، وإما أن لا يكون كذلك، فإذا اشترط البائع لنفسه منفعة يسيره لا تعود بمنع التصرف في أصل البيع، مثل أن يبيع المنزل ويشترط أن يسكنه مدة يسيرة كشهر مثلا وقيل سنة. فذلك جائز.

أما إذا اشترط منعاً من تصرف عام أو خاص، فذلك لا يجوز مثل أن يبيع سلعة بشرط ألا يبيعها ففي هذا منعاً له من حق أعطاه له الشارع.

وأما أن يشترط معنى من معاني البر كأن يبيع عقاراً ويشترط على المشتري أن يوقفه مسجداً، فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل صح العقد والشرط، وإن لم يشترط التعجيل لم يصح للفرد لأنه يؤدي غالباً إلى التنازع في الزمن الذي يجب فيه انشاء الوقف أو البر[1].

ثالثاً : الشافعية:

الشرط ينقسم عندهم إلى أربعة أقسام:

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ١٦٠ وما بعدها.

١ - ما يقتضيه مطلق العقد كالقبض والرد بخيار العيب في البيع فهذا الشرط صحيح وذكره في العقد لا يضيره.

٢ - ما يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة العقد نفسه كشرط الرهن بالثمن المؤجل أو تقديم الكفيل به أو شرط وصف خاص في المبيع. فهذا الشرط أيضاً صحيح ويجب الوفاء به.

٣ - شرط ليس فيه مصلحة العقد ويورث غرراً يؤدي إلى التنازع أو فيه منع لمقتضى العقد الذي أقره الشارع كشرط قرض مع بيع وكشرط ألا يتصرف المشتري في المبيع ببيع ونحو ذلك من الشروط التي تؤدي إلى نزاع أو فيها ما يمنع بعض ما جعله الشارع مقتضى للعقد. وهذا النوع من الشروط غير صحيح واقترانه بالعقد يفسده.

٤ - شرط ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع، وهذا شرط لاغ لا يضير العقد ولا يفسده، ولا يجب الوفاء به[١].

وأما إذا نظرنا إلى المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكية والشافعية لوجدنا أنهم يشتركون في تقييد باب الشروط بقيود تختلف اختلافاً يسيراً في السعة والضيق ولكنها متقاربة في جملتها.

---

(١) فتح العزيز: ٨/ ٢٠٤.

رابعاً : الحنابلة:

الشرط عندهم قسمان:

١ - صحيح لازم ويشتمل على ثلاثة أنواع:

أ - شرط مقتضى العقد كالتقابض وحلول الثمن.

ب - شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو رهن معين أو كفيل معين به.

ج - شرط العاقد نفعاً معلوماً في المعقود عليه كشرط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كاشتراطه سكنى الدار شهراً.

٢ - فاسد يحرم اشتراطه وهو ثلاثة أنواع أيضاً:

أ - أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كقرض أو بيع أو إجارة أو شركة مثلاً فالعقد في هذه الحالة باطل لأنه عقدان في عقد واحد المنهي عنه.

ب - شرط في العقد ما ينافي مقتضاه نحو أن يشترط ألا يبيع المبيع أو لا يهبه وما شابه ذلك، فالشرط في هذه الحالة هو الباطل، وأما العقد فصحيح.

ج - أن يشترط شرطاً يعلق عليه البيع كقول البائع بعتك إن جئتني بكذا أو إن رضي فلان. فالبيع غير صحيح في هذه الحالة[1].

** **

المبحث الثالث

عيوب العقد

العقد هو اتفاق إرادتي المتعاقدين على إنشاء عقد من العقود. ولقد سبق أن ذكرنا أن الرضا هو الركن الأساسي في أي عقد، والصيغة هي المظهر الخارجي لهذا الرضا، لأن الرضا أمر باطني لايطلع عليه أحد من الناس إلا إذا عبر عنه باللفظ أو بالإشارة أو بالفعل. فإذا شاب العقد عيب من العيوب التي سنذكرها فإن العقد يكون معيباً ولا تترتب عليه آثاره المقررة شرعاً.

وعيوب العقد يطلق عليها فقهاء القانون عيوب الإرادة أو الرضا واصطلاح فقهائنا أفضل لأن هذه العيوب أمور وقتية تحدث للعاقد أثناء إبرامه العقد، ولا تتأثر صلاحيته لإنشاء العقود وإبرامها، لذلك فإن الشخص الذي يلحق عقده عيب من عيوبه يظل كامل الأهلية وله الحق في إبرام العقود بنفسه، ولا يجوز لأي إنسان أن يطالب بفرض وصايته عليه. أما تعيب الإرادة فيكون بسبب من الأسباب التي تؤثر في العقل

(١) الاقناع الحنبلي: ٢/٧٨ ومابعدها.

بفقـده أو قصوره مما يجـعله غير قادر على إبرام الـعقود بنفسـه إذا كان عقله مفقوداً، أو إبرام العقود النافعة نفـعاً محضاً إذا كان عقله قاصراً، وقد سبق تفصيل ذلك في المبحث الخاص بعوارض الأهلية.

وعيـوب العقـد كثيـرة لكنها ترجع في أغلب صـورها إلى الغلط والتدليس والغبن والإكراه.

وسنعرض فيمـا يلي لأحكام الغلط والتدليس والـغبن فقط، لأن الإكراه تحدثنا عنه عند الحديث عن عوارض الأهلية.

أولاً : الغلط:

تعريفه: الغلط في اللغة: غلط غلطاً. أخطأ وجه الصواب[1].

واصطلاحـاً: وقوع المتعـاقد تحت تأثيـر إدراك غيـر مطابق للواقع أثناء إبرامه العقد.

ويشـترط الفـقـهاء في الغلط أن يكون ظـاهراً واضحـاً أثناء إبرام العقد، لوجود قرينة تفيد وقوع العاقد في الغلط.

ويترتب على ذلك: أن الغلـط غير الظاهر أي المسـتتر في ضمـير المتعـاقد لا يكون له حكم ولا يترتب عليـه أي أثر، لأن الإرادة الباطنة

---

(١) المعجم الوسيط ٦٥٨/٢.

التي لا يصاحبها من القرائن ما يظهرها لا يضاف إليها حكم لأن الحكم إنما يضاف إلى الإرادة الظاهرة أي الصيغة.

فاستقرار المعاملات يلزمنا بالأخذ بالإرادة الظاهرة.

مثال الغلط غير الظاهر: أن يشترط حجره للنوم معتقداً أنها مصنوعة من الزان والخشب السويدي، فإذا هي من الخشب الأبيض فقط، أو باع إنسان لآخر سجادة معتقداً أنها من السجاد التبريزي الإيراني، فإذا هي من صنع النساجون الشرقيون بمصر، ولكن اعتقاد البائع أو المشتري لم يظهر إلى خارج نفسه لم يتجاوزها، ولم يفصح عنه بأي وسيلة من وسائل التعبير المختلفة[1]. أي لم يقل المشتري أمام البائع نوع الخشب الذي يتكون منها حجرة النوم، أو نوع السجادة التي يريد أن يشتريها، أو لم يقل البائع أمام المشتري أن هذه الحجرة أو السجادة نوعها كذا وأوصافها كذا. أي أن هذا النوع من الغلط المستتر غير الظاهر لا أثر له على العقد وبالتالي فإن العقد المشتمل عليه لازم وصحيح ويترتب عليه جميع الآثار الشرعية.

مثال الغلط الظاهر: أن يقول المشتري اشتريت هذه الحجرة أو قامت قرينة على أنه يريد السجادة من السجاد التبريزي، فإن العقد اشتمل على هذا النوع من الغلط يكون باطلاً أو يثبت الخيار للعاقد الذي وقع في هذا الغلط. وذلك على حسب نوع الغلط المشتمل عليه العقد.

---

(١) الحطاب: ٤/٤٤٦.

أنواع الغلط: يتفرع الغلط العقدي إلى ثلاثة أنواع:

غلط في المعقود عليه، غلط في العاقد، غلط في الحكم الشرعي.

(أ) النوع الأول: الغلط في المعقود عليه:

إما أن يكون الغلط في جنس المعقود عليه أو في وصفه، فإذا كان الغلط في جنس المعقود عليه كأن يشتري سلعة من جنس معين ثم يتضح له أنها من جنس آخر، كمن يشتري طناً من الغلال معتقداً أنه أرزاً ثم يتبين أنه قمح، فالأرز من جنس مغاير لجنس القمح، فالبيع في هذه الحالة باطل، لأن محل العقد يعتبر معدوماً لاختلاف الجنس، والعقد على المعدوم باطل وفقاً لرأي الحنفية[1].

وإما أن يكون الغلط في وصف المعقود عليه، ويتفرع الغلط في الوصف إلى: غلط في وصف يترتب عليه تفاوت فاحش في منفعة المعقود عليه، وإلى: غلط في وصف يترتب عليه فوات وصف مرغوب فيه فقط.

ففي الحالة الأولى: يتصور العاقد المعقود عليه في صورة تختلف

(١) البدائع: ١٣٨/٦.

عن الحقيقة، ولكن هذا الاختلاف لا يخرج عن حدود الجنس، لأن الجنس متحد بين حقيقة المعقود عليه والصورة التي رسمها العاقد في مخيلته، ولكن المنفعة متافوتة تفاوتاً فاحشاً بين الحقيقة والصورة، ولذا اعتبر الغلط هنا في حكم الغلط في جنس المحل -المعقود عليه- يترتب عليه بطلان العقد.

مثال ذلك: ما إذا اشترى ثوباً على أنه من الصوف الخالص، فإذا هو مصنوع من الصوف المخلوط بالبوليستر أو غيره من الألياف الصناعية.

وفي الحالة الثانية: يتضح أن المحل المعقود عليه من نفس الجنس المتفق عليه لكن الوصف مخالف لما أراده، كمن اشترى سيارة مرسيدس ليلاً ولا يوجد إضاءة معتقداً أن لونها بني وفي صباح اليوم التالي اتضح أن لونها أسود. فالجنس واحد ولا يوجد تفاوت فاحش في المنفعة، ولكن اللون الذي كان يريده المتعاقد في السيارة المشتراه لم يتحقق، وهذا النوع من الغلط لا يؤدي إلى إبطال العقد ولا يمنع نفاذه لكن هذا العقد المتضمن لهذا الغلط لا يكون لازماً أي أنه يكون موقوفاً على إجازة الغالط إن شاء أجازه وإن شاء فسخه[1].

وحكم الغلط في الوصف يطبق على جميع العقود القابلة للفسخ كعقود المعاوضات المالية وما في معناها كالبيع والإجارة، أما العقود التي لا تقبل الفسخ كعقد الزواج فجمهور الفقهاء يرى لزومها ولا

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية، ص ٢٩.

يجوز فسخها، وأما الحنابلة فيطبقون الحكم السابق في جميع العقود حتى الزواج، فإذا تزوج إنسان امرأة على أنها بكر فتبين له أنها ثيب فللزوج حق فسخ عقد الزواج استناداً لرأي الحنابلة [1] لأنهم لا فرق عندهم في ثبوت خيار الوصف بين عقد وآخر.

ب - النوع الثاني: الغلط في شخص المتعاقد:

الغلط قد يكون في ذات شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته مثال الغلط في الذات: إذا قيل للشفيع: أن المشتري فلان فسلم بالشفعة وسقط حقه في طلبها، ثم ظهر له بعد ذلك أن المشتري إنسان آخر غير الإنسان الذي تنازل له، فإن تسليمه وتنازله السابق لا يعتبر ويظل على حقه وخياره في طلب الشفعة من جديد لغلطه في شخص المشتري، لأن الحكمة التشريعية من الشفعة هي دفع الضرر عن الشريك وعن الجار، والرضا بمجاورة شخص لا يعتبر رضا بمجاورة غيره، لتفاوت الناس في المجاورة والمعاملة.

مثال الغلط في صفة الشخص: تزوج شخص بامرأة معتقداً سلامتها وخلوها من الأمراض، مع إن الحقيقة أنها مريضة بمرض يضر بالحياة الزوجية وكان موجوداً بها قبل إبرام العقد والزوج لا يعلم بذلك، سواء كان المرض جنسياً أو غير جنسي، فالحكم في هذه الحالة إثبات الخيار للزوج أي أن له الحق في إمضاء العقد أو فسخه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[2].

(١) المغني: ٣/ ٥٨٢.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٥٠. المغني: ٦/ ٦٥٠.

ج - النوع الثالث : الغلط في الحكم الشرعي:

والمراد بالغلط في الحكم الشرعي: جهل العاقد بحقيقة الحكم الشرعي، كمن يتعامل بالربا في العقود التي يكون طرفاً فيها جاهلاً التحريم المنصوص عليه في القرآن الكريم.

والجهل بأحكام الشريعة ليس عذراً مانعاً من تنفيذها، لأننا لو اعتددنا بهذا العذر لترتب عليه تعطيل تنفيذ أحكام الشريعة الغراء، فما أيسر الادعاء بالجهل بالأحكام الشرعية لمن يريد أن يتخلص من حكم العقد.

استثناء من هذه القاعدة: يعد الجهل بالأحكام عذراً في الوقائع التي تترتب آثارها عليها، إذا ثبت أن هذا الشخص كان جاهلاً بالواقعة المذكورة، مثال ذلك: ما إذا اقترن رجل بامرأة متزوجة من غيره وهو لا يعلم بذلك. فجهله بزواجها من غيره عذر مسقط لحد الزنا.

ثانياً : التدليس :

التدليس كتمان العيب أو فعل يزيد به الثمن وإن لم يكن عيباً أو كتم البائع عيب السلعة عن المشتري واخفائه. مثال ذلك: جمع اللبن في ضرع البهائم وهو التصريه، والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري. لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تُصرُّوا» وقوله أيضاً: «مَنْ غشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا».

وروى ابن ماجه في سننه عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم» والمحفلة أي المجتمع لبنها فيها، ويقال لها مصراة، والخلابة أي الخداع والغش»[1].

والتدليس تغرير من البائع للمشتري، والتغرير قد يكون قولياً وقد يكون فعلياً.

والتغرير القولي: تعمد العاقد أو من يعمل لحسابه كالدلال والسمسار إلى الكذب، والتحدث بغير الحقيقة بغرض حمل الغير إلى الشراء أو البيع.

مثال ذلك: كأن يقول المشتري أو السمسار قيمة هذه السلعة كذا، ويصدقه المشتري فيشتريها استناداً إلى قوله معتقداً صدقه أو يقول المشتري للبائع قد عرض على سلعة ثمنها عشرة جنيها مثلاً وجودتها أفضل بكثير من سلعتك فيغتر البائع بهذا القول ويقبل أن يبيعه السلعة بعشرة جنيهات.

وأما التغرير الفعلي: فيكون بقيام أحد المتعاقدين بعمل يقصد به تضليل المتعاقد الآخر وإيهامه بغير حقيقة المحل المعقود عليه لدفعه إلى التعاقد.

مثال ذلك: القيام بعلاج التشققات والتصدعات الموجودة بجدران

---

(1) المغني: ٤/١٤٩. الإقناع: ٢/٩٢.

البيت، وطلائها بالجير والزيت لكي يظهر في صورة حسنة، من يراه يعتقد أنه منزل سليم لاعيب فيه.

هذا ويجب أن يكون معلوماً أن هناك صورة أخرى من صور التدليس وهو التدليس الصادر من الغير(بيع النجش) وقد نهى النبي - عليه الصلاة والسلام- عن النجش [1] فاتفق العلماء على منع ذلك، وأن النجش هو أن يزيد في ثمن السلعة من لا يريد شراءها، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري ·

واختلف الفقهاء في صحة أو فساد هذا البيع لو وقع: فقال الظاهرية: بيع فاسد، وقال مالك: هو كالعيب والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد وإن شاء أن يمسك أمسك، وقال أبوحنيفة والشافعي: إن وقع أثم وجاز البيع [2].

حكم التغرير (التدليس):

التغرير إذا كان فعلياً فللمغرور الخيار أي يكون له حق فسخ العقد أو إمضائه حتى ولو اشترط البائع براءته من ضمان العيوب نظراً لسوء نية البائع وخداعه ومعاملة له بنقيض مقصوده، هذا هو رأي جمهور الفقهاء [3].

---

(١) نيل الأوطار: ١٦٦/٥.

(٢) بداية المجتهد ١٦٧/٢. مغني المحتاج: ٦٧/٢. البدائع: ٢٣٣/٥.

(٣) المدخل الفقهي العام: د. مصطفى الزرقا : ٣٨٤/١.

ويلزم التنويه إلى البيع مع شرط البراءة من العيب الذي لا يعلمه البائع جائز عند مالك، وأما أبوحنيفة فقد أجاز شرط البائع البراءة من كل عيب علم به أو لم يعلم به، وأما الشافعي فقد منع هذا الشرط مطلقاً.

أما إذا كان التغرير قولياً: يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ترتب على هذا التغرير القولي غبن، كان للعاقد المغرور حق الرد، إلا إذا تصرف العاقد المغبون في السلعة التي اشتراها، بعد علمه بالغبن، حيث يسقط حقه في الرد.

الحالة الثانية: إذا لم يترتب على هذا التغرير القولي غبن، فإن هذا الغبن لا يكون له أي أثر على لزوم العقد، لأن هذا التغرير لا يخرج عن كونه خداعاً أو تضليلاً والاندفاع وراءه إنما يكون نتيجة التقصير وعدم التروي، ومن المعلوم أن تبعة التقصير تكون على المقصر وحده.

ثالثاً : الغبن:

الغبن لغة: النقص، واصطلاحاً: عدم تساوي أحد العوضين في عقود المعاوضة بأن تكون قيمته أكثر أو أقل، فلو باع شخص سلعة قيمتها الفين من الجنيهات بألف كان البائع مغبوناً، وإذا باعها بأربعة آلاف كان المشتري مغبوناً ويثبت الخيار في البيع للغبن في المواضع

الآتية:

أحدها: تلقي الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم باعهم فغبنهم والركبان هم القادمون من السفر ومعهم بضاعة للبيع.

الثاني: بيع النجش، وقد تحدثنا عنه.

الثالث: المسترسل وهو الجاهل بالقيمة من بائع ومشتر ولايحسن المماكسة، فله الخيار إذا غبن غبنا يخرج عن العادة ويقبل قوله مع يمينه أنه جاهل بالقيمة ما لم تكن قرينة تكذبه.

فالمغبون له الخيار بين الفسخ والإمضاء استناداً لما ذهب إليه المالكية والحنابلة، لأنه غبن لجهله بالمبيع فاثبت الخيار.

وأما الشافعية والحنفية فيقولون بلزوم البيع وليس له فسخه لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لايمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير.

